

LE
DOMICILE EN DROIT CIVIL
COMPARÉ

THÈSE

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR

PAR

PIERRE ZUMBACH

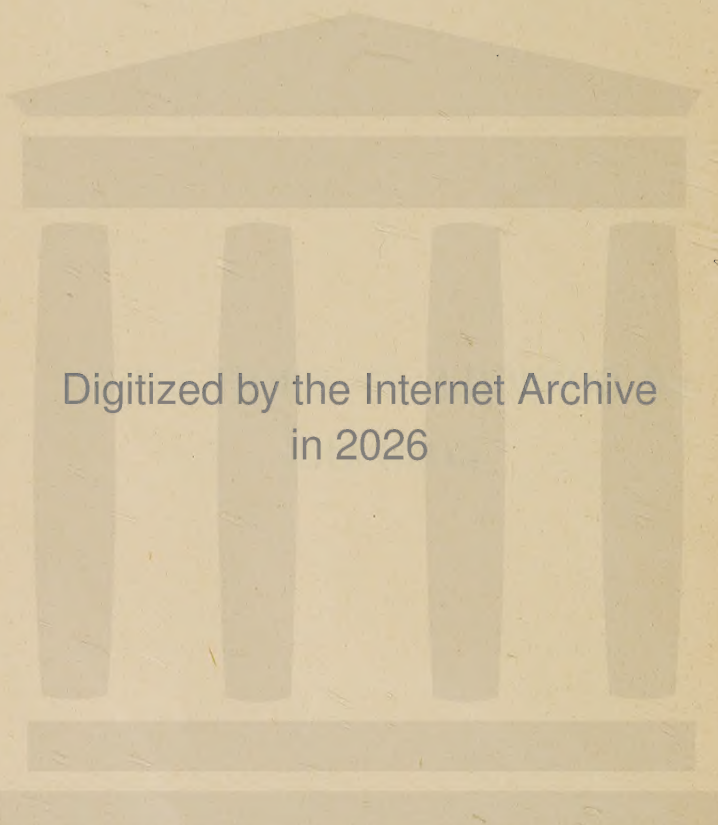
LICENCIÉ EN DROIT



FRIBOURG
IMPRIMERIE FRAGNIÈRE FRÈRES

1927

LE DOMICILE EN DROIT CIVIL
COMPARÉ



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555014_0062

A ma femme.

A la mémoire de Jean-Pierre.

La Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel, sur le rapport de M. le Professeur Georges Sauser-Hall, autorise la publication de la présente thèse de M. Pierre Zumbach, de St-Blaise, intitulée

Le domicile en droit civil comparé.

La Faculté ne donne ni approbation, ni improbation aux opinions émises, ces opinions devant être considérées comme propres à l'auteur.

Neuchâtel, le 8 juillet 1927.

Le Doyen de la Faculté de Droit :

CARL OTT.

LE
DOMICILE EN DROIT CIVIL
COMPARÉ

THÈSE

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR

PAR

PIERRE ZUMBACH

LICENCIÉ EN DROIT



FRIBOURG
IMPRIMERIE FRAGNIÈRE FRÈRES

1927

Je tiens à remercier M. le professeur Sauser-Hall de
ses précieux avis et conseils et à lui confirmer ici l'expres-
sion de ma très vive gratitude.

P. Z.

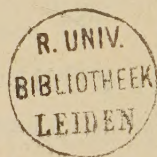


TABLE DES MATIÈRES

I. <i>Nature juridique du domicile.</i>	13
1. Introduction historique	13
2. Le domicile de droit privé et de droit public	16
3. Définitions du domicile.	19
4. Essai d'une définition	25
II. <i>Du domicile indépendant</i>	30
1. Eléments essentiels	30
a) Elément d'intention	30
b) Elément objectif et systèmes de l'unité et de la pluralité de domicile.	37
2. Changement, perte et absence de domicile	55
III. <i>Du domicile dépendant</i>	65
Remarques préliminaires	65
1. Domicile de la femme mariée	67
a) Acquisition du domicile	67
b) Cessation du domicile	72
2. Domicile des enfants.	76
3. Domicile des personnes sous tutelle.	84
4. Domicile des domestiques et des employés	89
5. Domicile des fonctionnaires.	95
6. Domicile des militaires	99
IV. <i>Domiciles spéciaux.</i>	104
1. Siège d'affaires	105
2. Domicile des condamnés	111
3. Domicile spécial pour certains actes juridiques . .	114
4. Domicile élu	115
V. <i>Du siège des personnes morales</i>	120
1. Généralités.	120
2. Importance du siège de la personne morale	124
3. Détermination du domicile de la personne morale. .	127
a) Système subjectif.	127
b) Système objectif	134
4. Critique des systèmes	140

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

DES

PRINCIPAUX OUVRAGES CONSULTÉS

1. Sources législatives.

- Code Civil français, Paris an XII (1804).
Codes et lois spéciales les plus usuelles en vigueur en Belgique par J. Servais et E. Mechelynck, XII^e édition, Bruxelles 1923.
Code civil néerlandais, trad. en français et mis en concordance avec le Code civil belge par P. H. Haanebrink, Bruxelles 1921.
Code civil italien, traduit et annoté par H. Prudhomme Paris 1896.
Code civil espagnol, traduit et annoté, par A. Levé.
Code civil portugais, traduit et annoté par Laneyrie et Dubois, Paris 1896.
Code civil du Vénézuéla et lois civiles du Brésil, Paris 1897, de la Grasserie.
Code civil chilien, par de la Grasserie, Paris 1896.
Code civil allemand, traduit et annoté par le Comité de législation étrangère (Bufnoir et consorts), Paris 1904.
Les Codes de la Russie soviétique, traduits par J. Patouillet et R. Dufour, Paris 1925.
Das Zivilrecht Sowjetrusslands, von Freund, Berlin 1924.
Handbuch des gesamten russischen Zivilrechts, bearb. von Klibanski.
Code civil suisse et Code des obligations, édition annotée par V. Rossel, Lausanne.

2. Commentaires et ouvrages généraux.

- Aubry et Rau, Cours de droit civil français, 4^e édit., Paris 1869.
von Bar, Lehrbuch des internationalen Privatrechts, 1892.
von Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, 2. Aufl. 1889.

- Baudry-Lacantinerie, Précis de droit civil, II^{me} édit., Paris 1886.
- Baudry-Lacantinerie, Traité théorique et pratique de droit civil. Paris 1907.
- Blumenstein, Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes. Bern. 1911.
- Boitel et Foignet, Manuel de droit Commercial. Paris 1922.
- Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, 2. Ed. Bern. 1914.
- Calvo, Ch., Le Droit int. théor. et prat., 4^{me} éd., t. II. Berlin 1888.
- Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil français. Paris 1923.
- Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen 1900-1902.
- Curti-Forrer, E. Schweizer ZGB mit Erläuterungen. Zürich 1911.
- Demolombe, C., Cours de Code Napoléon, 4^{me} éd. Paris 1872.
- Dernburg, H., Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens, 1/2 Aufl. Halle a-S. 1902.
- Dernburg, H., System des römischen Rechts. Der Pandekten, 8. Aufl. Berlin 1911.
- F. Despagnet, Cours de droit international public, IV^{me} éd. Paris 1910.
- Dicey, Conflicts of laws, ed. 1908.
- Dicey, Law of Domicil. London 1879 (Le statut personnel anglais ou la loi du domicile envisagée comme branche du droit anglais), trad. par Stocquart. Bruxelles 1887.
- Egger, Das Personenrecht. Zürich 1911.
- Ehnenecruss, Das bürgerliche Recht, 3. Aufl. 1904.
- Gareis, Handelsrecht, 8 Auflage 1909.
- Gierke, O. Deutsches Privatrecht. Leipzig 1895.
- Haff, Inst. der Persönlichkeitslehre. Zürich 1918.
- Hafer, Personenrecht, 2. ed. Bern 1919.
- Hölder, E., Kommentar zum allgemeinen Teil des BGB. München 1900.
- Jäger, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs. 3. Aufl. Zürich 1911-12.
- Kent, Commentaries on American Law, 12th ed. 1866.
- Laurent, Principes de droit civil, 1870 (supplément 1898).
- Liszt, Völkerrecht, 2 Aufl. 1921.
- Lyon-Caen et Renault, Traité de Droit commercial, 5^{me} éd. Paris 1921.

- Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. Berlin 1907.
- Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 5. Aufl. 1910.
- Meili, Das Internationale Zivilprozessrecht, Zürich 1904-06,
- Nelson, Private international Law, 1889 (selected cases. statutes and orders).
- Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl. 1908.
- Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl. 1903.
- Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*. Paris 1920.
- Phillimore, Commentaries upon International Laws, 3rd ed. 1889.
- Regelsberger, Pandekten, Leipzig 1893.
- Rossel et Mentha, *Manuel du Droit civil Suisse*. Lausanne 1908-9.
- Rumelin, Vorentwurf, z. schweizerischen Zivilgesetzbuch 1901.
- von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin 1849.
- Schirrmeister, Das bürgerliche Recht Englands, Allgemeiner Teil, 1905.
- Schneider et Fick, *Commentaire du Code fédéral des obligations* (adaptation française de la 4^{me} édition allemande par M. E. Porret). Neuchâtel 1915.
- Staub, Kommentar z. Handelsgesetzbuch. 1921.
- von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze (7-8. Aufl.). München und Berlin 1912.
- Story, *Conflicts of Laws*, 8th ed. 1893.
- Thaller, *Traité général de Droit commercial*. Paris 1907-14.
- von Thur, Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Leipzig und München 1910-14.
- Vidari, *Corso di diritto commerciale*, 3 éd. Milano 1888.
- Weiss, A., *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 8^{me} éd. 1925.
- Westlake, *Private International Law*, 4th ed. 1905.
- Windscheid, Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Frankfurt a. M. 1900.
- Zachariae, K. S., *Le Droit civil français*, traduit par G. Massé et Ch. Verger. Paris 1854.
- Zittelmann, *Internationales Privatrecht*, 1897.
- Zittelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Allg. Teil 1900.

3. Ouvrages spéciaux, monographies, etc.

- Affolter, A., Die individuellen Rechte nach der bundesgerichtlichen Praxis, 2. Aufl. Zürich 1915.
- Bergheim, M., Der Wohnsitz im bürgerlichen Recht (Diss.) Rostock 1907.
- Caspari, H., Der Wohnsitz im heutigen Recht (Diss.) Marburg 1908.
- Chung Hui Wang, The German Civil Code. (Diss. Berlin 1907).
- Delessert, Ch., L'établissement et le séjour des étrangers au point de vue juridique et politique (Thèse). Lausanne 1924.
- Denzler, O., Die Stellung der Filiale im internen und internationalen Privatrecht, Diss. Zürich 1902.
- Erskine Holland, Elements of Jurisprudence, 9th ed.
- Escher, C., Das schweiz. interkantonale Privatrecht auf Grund des BG und betreffend die Zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter. Zürich 1895.
- Foote, Private international jurisprudence based on the decisions in the English courts, ed. 1904.
- Girardet, La légitimation des Enfants naturels (thèse). Lausanne 1914.
- Holenstein, Th., Der privatrechtliche Wohnsitz im schweizerischen Recht (Diss.). St. Gallen 1920.
- Huc, Th., Le Code civil italien et le Code Napoléon. Paris 1866.
- Hürlimann, Die Stiftungen, (Diss.). Leipzig 1907.
- Isay, Die Staatsangehörigkeit juristischer Personen. Tübingen 1907.
- Lauter, R., Der Wohnsitz nach dem BGB (Diss.). Erlangen 1911.
- Livre du Cinquantenaire de la Société de Législation Comparée, T. I, T. II.
- Loiseau, Du domicile comme principe de compétence législative dans la doctrine et la jurisprudence française depuis le Code civil (thèse). Paris 1893.
- Löwenwärter, V., Der bürgerliche Wohnsitz im englischen und deutschen Recht (Diss.). Bonn 1910.
- Mamelock, Die juristische Person im internationalen Recht (Diss.). Zürich 1900.

- Mamelock, Die Staatsangehörigkeit, der juristischen Person. Zürich 1918.
Maréchal, A., Du domicile réel (thèse). Genève 1874.
Pineau, Des sociétés commerciales en droit privé international. Bordeaux 1893.
Roguin, E., Conflits des lois suisses en matière internationale et intercantonale. Lausanne-Paris-Leipzig 1891.
Schoch A., Art. 59 der schweizer. Bundesverfassung, usw. (Diss.). Zürich 1882.
Simond, L'élément intentionnel du domicile (diss.). Lausanne 1923.
Wiedemann, Beiträge z. Lehre v. d. idealen Vereinen, 1906.

4. Revues, périodiques, recueils de jurisprudence, etc.

- Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Arrêts du Tribunal fédéral Suisse.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin 1888.
Code civil Suisse, Exposé des motifs de l'avant-projet du Département de Justice et Police.
Revue de Droit international et de législation comparée (Citation dans le texte.)
Juristische Wochenschrift. (Citation dans le texte.)
Sächs. Archiv für BRR IX, 1899.
Merlin, Répertoire universel et raisonné de jurisprudence. (5^{me} éd. Bruxelles 1825-1828).
von Holzendorff, Rechtslexikon, 3. Ed. Leipzig 1881.
Jehrigs Jahrbuch, Bd. 21 (Bähr: Wohnsitz und Heimatsrecht).
Verhandlungen des Schweiz. Juristen-Verein. (Citation dans le texte.)
Feuille fédérale de la Confédération suisse. (Citation dans le texte.)
-

LE DOMICILE EN DROIT CIVIL

COMPARÉ

I. NATURE JURIDIQUE DU DOMICILE

1. Introduction historique.

L'institution juridique du domicile tire son origine de deux notions du droit romain l'« origo » et le « domicilium ».

L'« origo » était, d'une manière générale, le lieu de la naissance, la « patria » au sens restreint ¹ et engendrait le droit de bourgeoisie sur le territoire d'une commune. L'« origo » s'acquiert par la naissance (nativitas), l'affranchissement (manumissio), l'adoption (adoptio) et par l'admission au droit de bourgeoisie (allectio) ².

Le « domicilium » était une relation de fait existant entre une circonscription locale et une personne, envers laquelle il créait aussi un lien de dépendance subordonné toutefois à la fixation et au maintien par l'intéressé de sa demeure effective sur le territoire même de la dite circonscription.

En vertu de la règle communément admise: « Cives origo facit, incolas domicilium », l'« origo » conférait

¹ A. MARÉCHAL, op. cit., p. 11.

² C. DELESSERT, op. cit. p. 60.

à l'individu la qualité de « civis » (citoyen), tandis que le ressortissant d'une commune du chef du « domicilium » était appelé « incola » (habitant) par opposition à l'« advena », c'est-à-dire le simple passager n'ayant pas l'intention d'élire domicile dans la cité.

« L'origo » et le « domicilium » avaient pour effet de déterminer le lieu où la personne devait s'acquitter des charges municipales (honores et munera). Ils indiquaient, de plus, les juges devant lesquels le défendeur devait être poursuivi et quel droit spécial était applicable à ce dernier.

L'importance de la notion du domicile valut à celle-ci d'être souvent définie par les juriconsultes romains. On s'accorde généralement à retenir comme étant la plus satisfaisante la définition consignée à la lex 7 Cod. de incolis X, 40, et qui a la teneur suivante: « in eodem loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil rediit, peregrinari jam destitit » (il est certain que chacun a son domicile à l'endroit où il a établi son foyer, l'ensemble de ses biens et le siège de ses affaires, d'où il ne part pas tant que rien ne l'en éloigne, loin duquel il semble être en voyage dès qu'il l'a quitté et dont la réintégration fait alors cesser le séjour au dehors).

On peut ainsi admettre que pour qu'il y ait domicile, les juriconsultes romains exigeaient la réunion de deux conditions, soit un fait se traduisant par la résidence habituelle dans un lieu déterminé et la volonté de faire de ce dernier une demeure ordinaire permanente ou qui n'est quittée que temporairement avec esprit de retour, lorsque les circonstances l'exigent. Le premier de ces deux éléments est appelé le « corpus », le second l'« animus domicilii » et on a coutume de résumer la conception romaine sur ce

point en disant que, d'après cette dernière, le domicile se crée « *animo et corpore* »¹.

Les prescriptions et principes romains relatifs au droit de cité et au domicile rendaient possible le cumul en ces deux domaines; en d'autres termes, il arrivait assez souvent qu'un individu fut citoyen de plusieurs villes à la fois et ait, en même temps, plusieurs domiciles. On peut, semble-t-il, inférer à juste titre de certains textes² que, dans ces cas-là, en vue de déterminer le droit applicable, on s'en tenait de préférence à l'« *origo* » comme établissant entre le lieu et la personne un lien plus fort et plus noble que le « *domicilium* »³.

La doctrine romaine du domicile fit dans la suite l'objet d'investigations et de commentaires plus ou moins approfondis de la part des diverses écoles de jurisconsultes qui se vouèrent à l'étude du droit romain. Grâce à ces travaux, les concepts de celle-ci acquirent plus de vigueur et de précision, en particulier sous la plume de Hugues Doneau et finirent par constituer le droit commun et par servir de base à la théorie dite classique du domicile. On entend par « *théorie classique* » du domicile⁴ l'ensemble des systèmes qui admettent que le domicile se compose de deux éléments essentiels, l'un dit « *matériel* », de fait, objectif ou externe, soit le « *corpus* », l'autre « *intentionnel* », d'intention, subjectif ou interne, soit le « *animus* », partant de l'idée, selon l'heureuse expression

¹ Relevons en passant que ROGUIN, *Conflits*, p. 509 et, à sa suite, SIMOND, *op. cit.* p. 26 nient que le droit romain fasse de l'« *animus domicilii* » un des éléments constitutifs du domicile. D'après ces auteurs, l'élément matériel serait, à lui seul, déterminant.

² Voir GAIUS III, § 120. — ULPEN XX, § 14.

³ MARÉCHAL, *op. cit.* page 21; LOISEAU, *op. cit.* p. 102.

⁴ Voir SIMON, *op. cit.* p. 25.

de Delessert, que le domicile est la résultante de la co-existence du fait et de l'intention ¹.

Ainsi qu'on le verra plus loin, la conception classique ou traditionnelle du domicile est inscrite dans la plupart des législations modernes, notamment dans le CCS.

2. Le domicile de droit privé et de droit public.

Les deux concepts sus-visés se retrouvent encore aujourd'hui sous les espèces du domicile de droit privé et du domicile de droit public, ce dernier envisagé comme droit d'origine ². Il ne faut pas voir dans le domicile une institution à laquelle ne se rattacheraient que des effets relevant du droit privé. L'importance du domicile au point de vue du seul droit privé proprement dit est secondaire ³ au regard de celle qu'il a dans d'autres domaines. Dans l'appellation domicile de droit privé, le domicile doit s'entendre dans le sens d'attribut du sujet de droit privé. L'influence du domicile de droit privé s'étend ainsi à toutes les matières juridiques concernant la réglementation des affaires de droit privé des personnes, soit à tout le droit privé proprement dit, ainsi qu'au droit privé international. Cette dernière discipline rentre d'ailleurs également dans le droit public. Nous verrons plus loin quel sens spécial le droit anglais accorde au domicile civil et en fait dépendre le « statut personnel » du sujet de droit.

La sphère d'influence du domicile de droit privé embrasse, en majeure partie, des matières régies par

¹ DELESSERT, op. cit. p. 79.

² BÄHR, « Wohnsitz- und Heimatsrecht » in Jehrings Jahrbuch, Bd. 21.

³ Cfr. EGGER, N. 5 du CCS, 23.; LÖWENWÄRTER, p. 4 et ss.; HOLENSTEIN, p. 142 et ss.

le droit public, mais qui, nonobstant, impliquent une activité et des buts mis au service d'intérêts privés, dont elles ont pour but d'assurer la sauvegarde¹. Dans cet ordre d'idées, mentionnons en premier lieu le domicile de procédure civile et de poursuite pour dettes. La loi sur la poursuite pour dettes rentre, en Suisse, dans le droit administratif, tandis qu'en Allemagne et en Autriche, elle ressortit aux lois de procédure². En droit anglais, la compétence des tribunaux comme aussi le lieu d'exécution en matière de poursuite pour dettes n'est qu'exceptionnellement déterminé d'après le domicile. En ce qui concerne les actions contre la personne, une résidence d'une certaine durée suffit (ordinary residence)³. Le domicile de droit privé déploie, en outre, des effets en droit administratif pour autant que ce dernier touche au droit privé. A cet égard, entrent en ligne de compte en particulier toutes les opérations des administrations en matière de tutelle, de succession, de tenue des registres publics (registres matrimoniaux, registre foncier, registre du commerce, actes d'état-civil) de propriété intellectuelle et industrielle (protection des marques, des modèles, des brevets et des inventions), etc.

A la lumière de ce qui précède, le domicile de droit privé est donc un attribut du sujet de droit privé en tant que des rapports de droit privé de ce dernier entrent en jeu, quelles que soient d'ailleurs les autorités qui interviennent ou la nature des principes juridiques appliqués.

En fait, le domaine d'application du domicile de droit privé est très souvent étendu au droit public,

¹ EGGER, Zum sachlichen Geltungsbereich des ZGB. (Festgabe a. d. schw. Juristenverein 1908, p. 178; BURCKHARDT, Kommentar ad art. 64 der BV, p. 607.

² BLUMENSTEIN, Handbuch d. Schuldbetr. p. 3 et ss.

³ DICEY, p. 229; WESTLAKE, p. 298; JACOBS, p. 80.

même si ce dernier n'est pas au service du droit privé. C'est ainsi que la doctrine allemande paraît unanime à reconnaître que les prescriptions du BGB sur le domicile sont applicables non seulement en droit privé, mais aussi en droit public, en tant du moins qu'une loi spéciale ne prescrive pas un domicile particulier ¹.

En droit français, nous retrouvons la même conception, bien que le CC, quand il réglemente le domicile ait soin de préciser qu'il le fait seulement « quant à l'exercice des droits civils » (art. 102). Au moment où le Code fut rédigé, il existait une seconde espèce de domicile public. L'exercice des « droits de cité » était localisé dans la commune où l'électeur s'était fait inscrire sur les registres civils et où il possédait un domicile spécial, qui s'acquerrait par une année de résidence et se perdait par une année d'absence. (Constitution du 22 Frimaire, an VIII art. 6.) Mais, depuis ce temps, le droit électoral a changé. Les registres civiques ont cessé d'être tenus. Quand les lois actuelles parlent du domicile pour l'exercice des droits politiques, elles se réfèrent au domicile ordinaire tel qu'il est réglé par le CC ².

Quant au droit suisse, l'article 6 du CCS consacre expressément le principe de l'indépendance absolue du droit public des cantons à l'égard du droit privé fédéral. Aussi, en principe et théoriquement, les dispositions du CCS, en particulier celles des articles 23 et suivants, sont-elles sans effet sur les règles de droit

¹ LAUTER, Wohnsitz n. d. BGB, p. 12. ; CASPARI, Der Wohnsitz i. heut. Recht, p. 46 et ss. ; DERNBURG, Das bürgerliche Recht, I, p. 142 ; STAUDINGER, Kommentar z. BGB, I, p. 86 ; HOLDER, Kommentar z. BGB I, p. 90 : « Der Begriff des Wohnitzes ist für das öffentliche und privat Recht derselbe ».

² PLANIOL, I, p. 197.

public en matière de domicile. Toutefois, dans la pratique, lesdits articles sont de plus en plus généralement appliqués aussi pour la détermination du domicile de droit public, à telles enseignes qu'en Suisse, on peut, à juste titre, parler d'une assimilation progressive des diverses notions de domicile au domicile du CCS¹.

Cependant, postérieurement à l'adoption du CCS le Conseil fédéral a décidé, dans une jurisprudence constante, que le domicile en matière de naturalisation était une notion spéciale de droit public qui ne pouvait se confondre avec celui du droit civil et qui exigeait la présence effective du candidat sur le sol suisse, les règles sur le domicile nécessaire de la femme mariée et des enfants mineurs ne trouvant pas application dans ce cas. L'assimilation dont nous parlons ne va donc pas sans d'importantes exceptions.

3. Les définitions du domicile.

En droit, il est peu de domaines où les notions soient aussi indécises et flottantes qu'en celui du domicile.

Avant d'entrer dans le vif du sujet, il n'est pas sans intérêt d'examiner quelques-unes des définitions qu'a reçues cette notion. L'une des plus anciennes est celle du droit romain, citée plus haut².

S'inspirant de cette définition, le droit commun désignait le domicile comme un lieu, soit le lieu choisi librement par un individu comme résidence durable, c'est-à-dire comme centre de ses rapports juridiques et de ses affaires³.

¹ HOLNSTEIN, 67; en partie aussi CURTI, Schw. ZGB, art. 23, n° 1; AFFOLTER, Die individuellen Rechte, 119; BURCKHARDT, Kommentar z. BV, p. 459; Arrêts TF, XXIV-I, 105 et ss.; XXII-I, 41; XXXIII-I, 280.

² Voir page 14.

³ SAVIGNY, System VIII, § 353; sic Windscheid, Pandekten I, § 36; REGELSDERGER, Pandekten, § 74.

Le droit français donne du domicile la même définition que le droit commun: « Le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement » (CCF, art. 102). En réalité, l'article 102 n'a pas pour objet de définir le domicile, mais seulement d'indiquer le lieu où il se trouve. Les autres législations ne donnent pas non plus, du domicile une véritable définition. Ainsi le Code italien définit le domicile: « il domicilio civile di una persona è nel luogo in cui essa ha la sede principale dei propri affari ed interessi » (CC it. tit. II, art. 16.) Statuent dans le même sens la Belgique (CCB, art. 102), la Hollande (CC hol. art. 74), le Vénézuéla¹. Seuls les Codes espagnol et portugais esquissent une définition du domicile en disposant qu'il est « le lieu de la résidence habituelle » (CC esp. art. 40) (« permanente » (CC port., art. 41).

Les codes germaniques ne donnent aucune définition du domicile et paraissent ainsi abandonner ce soin à la doctrine. Même le CC autrichien ne contient aucune définition du domicile, ni de la notion, ni même de ses éléments. Le CC allemand se borne à indiquer les éléments constitutifs du domicile au paragraphe 7. A l'art. 23, sous le titre marginal « Domicile, a) Définition », le CCS dispose que « le domicile de toute personne est au lieu où elle réside avec l'intention de s'y établir ». L'énoncé de cet article ne répond guère à son titre. On ne saurait admettre qu'il contienne une définition légale du domicile². En effet, le législateur ne prescrit pas ce qu'est le domicile, mais indique uniquement où il se trouve. De plus, il ne définit pas, mais ordonne³. Au fait de la résidence,

¹ Cfr. LA GRASSERIE, CCV, 1879, p. 86.

² Dans notre sens, ROSSEL et MENTHA, ESCHER, EGGER, HAFTER, BURCKAHRDT.

³ HOLENSTEIN, p. 48 et ss.

la loi rattache des effets juridiques: l'existence du domicile. Le CC de la République des Soviets, qui réagit contre tant de formules techniques généralement adoptées, est encore plus circonspect que le Code suisse. Il ne contient aucune définition du domicile, mais se contente d'indiquer où il doit être considéré comme existant *ex lege*: « Le domicile est le lieu où une personne, par suite de ses fonctions, de ses occupations permanentes ou de la situation de ses biens, a sa résidence permanente ou principale » (art. 11) ¹.

Au rebours du droit des autres pays européens, le droit anglais n'a pas fait l'objet de codification unifiée jusqu'ici, comme on le sait. Il en est de même pour le droit nord-américain. Le droit positif anglais a trois sources: la « statutes law » (*jus scriptum*), c'est-à-dire les « acts » du Parlement, la « common law » (*jus non scriptum*) ou coutume jurisprudentielle — le juge déclare la coutume — enfin l'« Equity », représentant l'ensemble des décisions judiciaires rendues par le Lord Haut-Chancelier, souvent à l'appui de sentences des magistrats déclarant la « common law ». Tandis que la « common law », en particulier par la voie de la jurisprudence, a beaucoup contribué au développement du droit de D., en revanche, en dehors de quelques dispositions de détail sans grande portée pratique, les « Acts » du Parlement ne statuent pas en cette matière ². L'« Indian Succession Act » de 1865, si important pour la connaissance du droit anglais, ne contient pas non plus de définition du D.

Voici quelques définitions de juristes anglais:

1. « The domicile of a person is that place in which

¹ Les codes de la Russie soviétique, traduits par J. PATUILLET et R. DUFOUR, Paris 1925.

² Livre du Cinquantenaire de la Société de Législation comparée, T. I, p. 96, t. II, p. 99; LÖWENWARTER, p. 30.

his habitation is fixed, without any present intention of removing therefrom»¹.

2. « A residence at a particular place accompagnied with (positive or presumptive proof of) an intention to remain there for an unlimited time »².

3. « The place or country either in which a person in fact resides with the intention of residence, or in which, having so resided, he continues actually to reside, though no longer retaining the intention of residence, or with regard to which, having so resided there, he retains the intention of residence, though he in fact no longer resides there; or as the place or country in which a person resides with the animus manendi, or intention of residence, or which, having so resided in it, he has not abandoned »³.

La caractéristique de toutes ces définitions, c'est qu'elles désignent le domicile comme un lieu. Nous retrouvons ici l'erreur de logique si fréquente, d'après laquelle on confond la notion même avec un de ses éléments. Il paraît de toute évidence que le domicile ne saurait être un lieu. C'est la personne qui a un domicile au lieu où se trouve le centre de ses affaires. Mais le domicile est une notion abstraite, une abstraction basée sur l'ensemble des liens concrets qui existent entre une personne et un lieu. Aussi paraissent plus conformes à la nature du domicile les définitions qui le dépeignent comme le centre, le chef-lieu des rapports de la personne⁴. Elles sont très loin d'être

¹ STORY, *Conflicts of Laws*, p. 43.

² PHILLIMORE, *Commentaries upon International, Laws IV*, p. 49.

³ DICEY, *Law of Domicile*, p. 44, 47..

⁴ Dans la doctrine, on voit assez souvent figurer côte à côte. des définitions qui, sans faire de distinction, désignent le domicile tantôt comme un simple lieu et tantôt comme le centre de l'activité, des intérêts, etc. (par ex. EGGER, *Personenrecht*, n° 1 ad CCS, 23; SCHOCH, *Art. 59 BV*, p. 43 et ss.; LAUTER, *Der Wohnsitz nach d. BGB*, p. 15 et ss.)

parfaites, il est vrai. Le centre des relations de la personne ne représente, en effet, qu'un des éléments constitutifs du domicile. La centralisation des rapports juridiques est le résultat d'une synthèse des effets juridiques. Ce n'est que par l'effet du domicile qu'un lieu devient le centre juridique de la personne¹.

Les définitions précitées n'englobent, à la vérité, que le fait matériel (la résidence d'une personne en un lieu) et la conséquence juridique qui en découle (l'existence du domicile en ce lieu). Mais l'essence de la notion juridique du domicile reste encore à déterminer.

La science juridique en matière de domicile est, semble-t-il, parvenue à examiner, sous ses divers aspects, la question du rattachement de la personne à un lieu qui est à la base du domicile, mais sans avoir saisi assez clairement la nature particulière de cette relation. On paraît se contenter de voir dans le domicile un « rapport de fait » (ATF 4. 525) qui n'engendre des effets juridiques que si et dans la mesure où une disposition de droit positif lui en confère. Ainsi le domicile n'est considéré que comme un fait juridique (tel que, par exemple, la possession), mais non comme un concept juridique. Cette manière de voir est, à peu d'exceptions près, celle de l'ensemble de la doctrine et c'est sur elle que sont échafaudées les dispositions légales qui régissent le domicile.

Ce que la doctrine considère généralement comme essentiel à la notion du domicile, l'existence d'un rapport de fait, n'est aucunement déterminant. En ce qui concerne notamment le domicile légal, le rapport de fait n'est, d'aucune façon, déterminant. Au lieu de rechercher dans les deux sortes de domiciles, le domicile volontaire et le domicile légal, la notion qui

¹ HOLENSTEIN, 35, 36.

leur est commune, ce qui eût amené vraisemblablement une revision de la doctrine, les auteurs ont traité ceux-ci séparément. La doctrine allemande et suisse, comme aussi la doctrine française, font la distinction entre le domicile de fait et le domicile de droit et étudient ces deux notions isolément. C'est là une faute de logique, à notre avis. Le domicile légal comme tel ne saurait être différent dans son essence du domicile volontaire, en raison même de la nature des choses, qui s'explique d'elle-même. Comme le domicile légal est ainsi incontestablement compris dans la notion du domicile, il en résulte que le rapport de fait ne constitue pas un élément essentiel du domicile¹.

Les définitions du domicile, inscrites dans les codes, de même que celles de la doctrine, ne sont pas de véritables définitions, car elles ne déterminent pas le domicile dans son essence proprement dite. Elles renferment seulement certaines conditions de l'existence d'un domicile et tendent, avant tout, à préciser le rapport qui, par l'effet du domicile, s'établit entre la personne et le lieu. La définition est de nature descriptive dans le codex romain et plutôt de nature abstraite dans le code français et ses dérivés, ainsi que dans la doctrine précitée.

La définition de Dicey met en particulière lumière combien il est difficile d'embrasser, de façon adéquate, dans une formule l'élément de rapport local, en raison notamment de la diversité et de la complexité croissantes des conditions de demeure et d'existence. En dépit de ces variantes, sa définition n'est pas concluante. Elle n'est pas originale non plus,

¹ PLANIOL, I, 200, reconnaît que domicile de droit et domicile de fait ne sont pas deux espèces de domiciles et qu'il n'y a de différence que dans la manière de le déterminer; mais il ne cherche pas à analyser le caractère de ce rapport du domicile créé par la loi.

du propre aveu de Dicey, qui déclare s'être borné à y résumer et préciser le résultat des investigations de Savigny, Story et Phillimore. Enfin, il reconnaît que sa définition ne s'applique pas aux cas de domicile légal et s'excuse en disant : « La tentative de les réunir sous une définition générale ne ferait qu'augmenter inutilement la tâche très difficile déjà d'arriver à une définition convenable lorsque l'établissement du domicile résulte ou dépend de la volonté de la personne ¹. C'est, à n'en pas douter, un aveu d'impuissance de la logique juridique qui forme un pendant singulièrement suggestif à la déclaration de Planiol visant certains cas de domicile légal où la personne habite ailleurs qu'en ce dernier : « Il faut renoncer à faire entrer ces hypothèses dans la définition normale du domicile ². »

4. Essai d'une définition.

Nous croyons avoir établi que le domicile n'est ni un lieu, ni un rapport de fait.

Le CCF, par sa définition, ne considère pas le domicile comme identique à un lieu. L'art. 102 dispose, en effet, que le domicile est « au lieu » et non pas « le lieu ». Zacharie a déjà reconnu que si le domicile est dans le lieu, lui-même ne peut être ce lieu ; il est nécessairement autre chose. Il en arrive à désigner très justement le domicile comme « la relation juridique entre une personne et un lieu ³ ». La critique que Planiol fait de cette conception ne semble pas fondée. « L'idée que le domicile n'est pas un lieu, mais une relation entre une personne et un lieu, est manifestement fausse », dit-il. On peut en faire la preuve directe.

¹ DICEY, p. 324.

² PLANIOL, p. 197.

³ ZACHARIE, I, § 141, texte et note 1 ; sic AUBRY et RAU, Cours de droit civil français I, p. 576.

Une bonne définition doit pouvoir se substituer, dans une phrase quelconque, au mot dont elle donne le sens; qu'on essaie de remplacer « domicile » par la formule « relation entre une personne et un lieu », on verra quel galimatias on obtiendra dans des phrases telles que celles-ci: « rentrer à son domicile », « assigner quelqu'un à son domicile »¹.

Planiol méconnaît le double sens du mot domicile, qui, dans le langage courant, signifie « demeure » et, dans le langage juridique, constitue un terme technique². Il est évident qu'on arrive à un galimatias si l'on confond les deux sens de ce vocable. Le domicile n'est pas, en effet, une simple notion de fait, c'est un concept de droit et c'est la raison pour laquelle il ne saurait être un lieu. Mais il est uniquement un rapport que des règles de droit établissent entre une personne (un sujet de droit) et un lieu. Envisagé comme simple relation juridique, le domicile est, au surplus, autre chose que ce qu'en doctrine on est convenu d'appeler « rapport de droit » proprement dit, par quoi il faut entendre un complexe de droits et d'obligations susceptibles d'exister entre deux ou plusieurs sujets de droit³.

Le domicile constitue toujours un même concept juridique, qu'il s'agisse d'un domicile volontaire ou ou d'un domicile légal. Sans anticiper sur l'exposé qui va suivre, nous tenons à relever, dès à présent, que cette distinction ne repose que sur une différence de fait. En effet, dans le cas du domicile volontaire, le

¹ PLANIOL, I, 196.

² BAUDRY-LACANTINERIE, Précis de droit civil, t. I, p. 165 observe très justement que le terme domicile a deux sens: l'un concret (je vais à mon domicile), et l'autre abstrait (mon domicile est à X).

³ MANIGK, Willenserklärung und Willensgeschäft, Berlin 1907, p. 678; dans notre sens HOLENSTEIN, 140, N. 6.

domicile constitué de la sorte est, en réalité, aussi bien un domicile légal que le domicile légal proprement dit. En effet, dans les deux cas, le législateur, par le moyen de prescriptions de droit impératif, fait découler le domicile d'un élément de fait (volonté de la personne ou autres facteurs) sans se préoccuper de savoir si cet effet est voulu ou non par le sujet de droit. Le rapport juridique qui s'établit, par l'effet du domicile, entre le sujet de droit et un lieu, est un rapport de caractère abstrait. Cela ressort déjà des considérations qui précèdent et selon lesquelles le domicile se détermine d'après l'examen et la comparaison des divers facteurs qui rattachent une personne à un lieu, tels que résidence plus ou moins prolongée, habitation, activité professionnelle, intérêts, etc., circonstances qui permettent ainsi de fixer le point central de l'existence de cette personne.

En caractérisant le domicile de rapport juridique abstrait entre un sujet de droit et un lieu, nous n'avons fait que déterminer un attribut du sujet de droit, mais nous n'avons pas encore établi quelle est la fonction du domicile. Pour connaître cette dernière, il s'agit d'envisager les effets juridiques du domicile dans leur ensemble et d'en dégager le caractère commun. La notion de domicile n'est identique ni au fait, ni aux divers effets juridiques que la loi consacre. Il y a un troisième facteur qui n'est autre chose que la base juridique commune à tous ces divers effets juridiques ¹.

Parmi les quelques rares auteurs qui ont tenté de définir la fonction du domicile dans le sens sus-indiqué, il convient de citer Colin et Capitant ². Selon

¹ MANIGK, p. 678; HOLENSTEIN, p. 136; contra LÖWENWARTER, p. 8 et ss.

² COLIN et CAPITANT, Cours élémentaire de droit civil français, 1923, I, 420; dans le même sens AUBRY et RAU, I, 576.

ces auteurs, « le domicile est la demeure que la personne est censée avoir, aux yeux de la loi, pour l'exercice de certains droits et l'accomplissement de certains actes ». La première partie de la définition reproduit, d'une manière moins heureuse il est vrai, la pensée que nous avons déjà trouvée chez Zacharie (la relation juridique existant entre une personne et un lieu). La seconde partie définit la fonction du domicile par une synthèse des effets, mais cette synthèse n'est pas encore parfaite, selon nous. Elle généralise, sans toutefois faire ressortir l'élément caractéristique commun. La définition de Colin et Capitant laisse supposer que l'exercice des droits privés, du moins de la plus grande partie, n'est possible qu'au domicile, alors qu'en réalité, une infime partie de ceux-ci seulement y sont concentrés.

C'est à Holenstein, croyons-nous, que revient le mérite d'avoir compris et défini l'élément caractéristique sus-visé¹. Cet auteur voit dans l'institution du domicile elle-même une base de compétence locale de nature tout à fait générale (*örtliche Kompetenzgrund allgemeiner Natur*). Pour lui, la fonction essentielle du domicile consiste à être une base d'ordre local générale et attributive de compétence (*allgemein Bestimmungsgrund für die Zuständigkeit*). Lorsqu'un effet juridique d'ordre local doit se produire, l'institution du domicile comme tel comporte déjà par elle-même une base de compétence locale, quelles que soient la nature et la portée effective de l'effet juridique en cause. A l'opposé d'autres relations des actes juridiques constitutifs de base de compétence (tels que la nationalité, les contrats relatifs au for, etc.), le domicile constitue par lui-même, en tant que relation entre un sujet de droit et un lieu, une base de compé-

¹ HOLENSTEIN, p. 135 et ss.

tence et n'a pas besoin d'être fondé, de surcroît, sur une relation ou un acte juridique spécial.

Le droit national peut restreindre la portée effective du domicile comme base de compétence, mais, dans son principe, le domicile constitue une base de compétence tout à fait générale. Sur ce point, nous partageons le point de vue de Holenstein. Mais, où nous nous en éloignons quelque peu, c'est lorsqu'il affirme que le domicile ne saurait être autre chose qu'une base de compétence locale et que son importance juridique se réduit à cela. D'après nous, le domicile ne régit pas seulement, au point de vue local, la compétence des autorités de toutes sortes (en matière de for, de poursuites, d'état-civil, de succession, etc.), mais il fait, de plus, fonction, en quelque sorte, de centre de ralliement pour les effets juridiques d'ordre local, tel un pôle attractif. C'est ainsi, par exemple, que l'art. 74 du CO fixe le lieu d'exécution en matière de dettes d'argent au domicile du créancier (d'après le CC Fr., art. 1247, c'est au domicile du débiteur), pour toute obligation ne concernant ni une somme d'argent, ni une autre chose déterminée, au domicile du débiteur. Ce n'est pas là, à vrai dire, une fixation de compétence, mais l'érection d'un centre de ralliement pour les effets juridiques d'ordre local. En outre, le domicile sert de base pour la détermination du droit local applicable à certains rapports juridiques. Là également, il ne s'agit pas d'une base de compétence, mais d'une notion de ralliement. D'après quelques législations, certains droits civils ne peuvent être exercés que dans la commune du domicile de la personne (par exemple, d'après le CC Fr., le mariage (art. 74), l'adoption (art. 353), l'émancipation (art. 477)¹. En ces matières également, il ne s'agit pas d'une

¹ COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, p. 421, disposition sous chiffre 3; PLANIOL, *op. cit.*, p. 198, disposition sous chiffre 561; ces au-

attribution de compétence proprement dite, mais d'une localisation de l'exercice de certains droits.

D'après les considérations qui précèdent, nous pouvons, croyons-nous, poser en principe que le domicile est une relation juridique entre un sujet de droit et un lieu, relation qui a pour effet de créer une base générale de compétence et de localiser l'exercice de certains droits.

II. DU DOMICILE INDÉPENDANT

1. Eléments essentiels.

a. Élément d'intention.

La théorie classique du domicile qui, encore aujourd'hui, paraît prédominante dans la doctrine, est, ainsi que nous l'avons relevé précédemment »¹, l'ensemble des théories qui affirment que le domicile se compose de deux éléments essentiels, l'un dit matériel et l'autre intentionnel.

Ces notions sont d'un emploi si fréquent et si naturel qu'on pourrait croire à une concordance unanime de vues sur leur nature. Il n'en est pas ainsi, en réalité. Il est rare de rencontrer dans la doctrine une conception définitive et bien arrêtée de l'élément subjectif ou intentionnel.

leurs relèvent aussi que, dans certains cas, on envisage le domicile en tant que centre « des affaires et des intérêts », par opposition aux cas où il est considéré comme lieu ordinaire de résidence, p. 199, disposition sous chiffre 563 i. f.

¹ Voir page 15.

La théorie classique est adoptée par la presque unanimité des législations modernes, bien qu'elle soit moins accentuée dans les législations latines que dans les législations germaniques.

Le BGB allemand ne considère pas, en première ligne, le domicile comme une relation de droit existant pour ainsi dire de toutes pièces. Il règle les faits qui constituent ou font cesser le domicile (§ 7, 8, 11, I BGB). L'élément intentionnel apparaît comme partie intégrante nécessaire dans les dits faits. C'est ainsi que le code allemand spécifie que la cessation de l'établissement, élément matériel du domicile, entraîne la disparition de celui-ci, lorsque la fin de l'établissement est due à l'idée bien arrêtée chez l'individu d'obtenir cet effet (§ 7, III BGB). L'article 8 déclare expressément que celui qui est incapable d'exercer des droits ou dont la capacité d'exercice est restreinte ne peut, sans la volonté de son représentant légal, fonder un domicile ni le supprimer. Par contre, en ce qui concerne le fait de l'existence du domicile, l'élément subjectif ne joue aucun rôle.

En droit français, l'élément intentionnel n'entre en ligne de compte que pour le changement de domicile (CC Fr., art. 103), mais il n'a pas d'importance pour le pur fait de l'existence du domicile (art. 102). Dans le même sens, les codes italien (art. 7), hollandais (art. 74), portugais (art. 41), espagnol (art. 40), soviétique russe (§ 11).

Le CCS ne parle pas des faits qui créent ou suppriment le domicile, mais il considère ce dernier comme un état de fait dont l'élément caractéristique est l'élément subjectif, soit l'intention de l'individu de se fixer à demeure dans un lieu (art. 23, I) où il réside ou qu'il habite.

Les définitions anglaises prennent également en considération l'élément subjectif. Dicey parle de

l'« intention of residence », Phillimore de l'« intention to remain », Story, sous forme négative, de l'absence d'« intention of removing »¹.

Dans le CCS, l'élément intentionnel est tout particulièrement mis à contribution et sert pour ainsi dire de pivot à la pseudo-définition du domicile. D'après l'art. 23, l'intention doit être accompagnée d'une résidence effective plus ou moins prolongée. Toutefois il y a lieu de relever que l'élément intentionnel, la volonté ou l'intention, en tant que phénomène psychique d'ordre interne, est dépourvue de tout moyen de preuve directe et ne se traduit, dès lors, qu'indirectement, par des faits extérieurs qui permettent de présumer son existence, la font apparaître comme probable. Mais, dans la pratique, on a fini par faire bon marché de ce dualisme de preuve, basé sur cet autre dualisme: la co-existence du fait et de l'intention. En dernière analyse, c'est l'élément objectif qui paraît rester seul déterminant. C'est sur lui qu'on s'appuie pour fixer le lieu qui, au regard de l'ensemble des relations de fait d'une personne, apparaît comme le centre de son existence, de son activité et de ses intérêts.

La doctrine, il est vrai, continue à s'en tenir aux deux éléments constitutifs du domicile. Les auteurs allemands modernes cherchent même à justifier la suprématie de l'élément subjectif. La résidence de fait n'est, pour eux, que l'accomplissement de la volonté d'élire domicile. Ils se font fort de démontrer, même à l'aide de contre-preuves, comme déterminante, dans tous les cas, la volonté bien arrêtée et consciente (*wahre innere Wille*) qui se fait jour à

¹ DICEY, 332; PHILLIMORE, 49; STORY, 43. La doctrine américaine s'inspire d'outre en outre de la doctrine anglaise. KENT, *Comm. of American Laws*, II, p. 430 et ss.

travers toutes les circonstances extérieures¹. Sans qu'elle paraisse s'en douter, la doctrine suisse se rapproche de la conception allemande et, dans la pratique, on cherche à tenir compte également des deux éléments constitutifs du domicile. A l'appui de cette manière de voir, on fait valoir qu'il est nécessaire d'examiner et de tenir compte de tous les rapports d'une personne, en particulier de ceux qui existent entre elle et un lieu, pour pouvoir dégager avec sûreté l'élément de volonté (intention de résidence durable). Toutefois, le mode de concevoir l'élément intentionnel démontre la prépondérance qui est donnée à l'élément objectif. C'est ainsi que Egger articule ce qui suit : « Entscheidend ist nicht, was die Person gewollt oder in Bezug auf die Domizilbegründung beabsichtigt hat, oder haben mag, sondern was nach der Gesamtheit der Umstände, nach dem gesamten Verhalten des Betreffenden nach Treu und Glauben, als seine Absicht erscheinen muss² ». L'élément capital n'est donc pas la « Willenserklärung », mais bien la « Willensbetätigung », c'est-à-dire la manifestation de la volonté, même si cette dernière est en contradiction flagrante avec la déclaration de volonté. Nous voyons par là que, en fait, l'élément subjectif devient accessoire par rapport à l'élément objectif.

Mais, en réalité, les développements auxquels s'est livrée la doctrine ont abouti à un résultat opposé. L'intention de la « résidence durable » et de l'« établissement » (art. 23 du CCS) tendent à perdre leur prépondérance et à devenir, parmi beaucoup d'autres, de simples indices qui jouent un certain rôle pour la détermination du domicile dans l'ensemble des rapports de fait. Le principe de la libre appréciation de

¹ KLEIN, *Rechtshandlung*, p. 66. ; MANIGK, p. 98.

² EGGER, N. 1, c. ad art. 23 ZGB ; ESCHER, p. 74.

ceux-ci s'impose de plus en plus dans la pratique, sans que l'on paraisse, à vrai dire, en être toujours conscient. Il y a lieu de donner l'interprétation générale suivante à la disposition de l'art. 23 du CCS, dans sa forme concrète: Le domicile d'une personne se trouve au lieu même où elle a le centre de son existence. Ce rapport abstrait, le centre de toute la personnalité, constitue l'élément essentiel du domicile indépendant¹.

Dans une étude récente sur le domicile, Simond a mis en évidence l'erreur fondamentale de la théorie classique qui consiste à attacher une importance capitale à la signification que l'intéressé lui-même donne à sa propre demeure².

Il est intéressant de constater qu'en 1891 déjà, Roguin avait la même conception: « C'est l'existence ou la non-existence à une certaine époque de l'établissement principal, toute question d'intention laissée de côté, qui doit seule être prise en considération » (Conflits, p. 508 et ss.).

La doctrine et la jurisprudence françaises ne concèdent d'importance à l'élément intentionnel qu'à propos du changement de domicile³. Elles considèrent le domicile existant comme un état de fait et non comme la conséquence de certains actes. Un changement dudit état nécessite des actes, comme nous l'exposerons plus loin.

La doctrine anglaise et américaine en arrive, chez certains auteurs, à définir l'élément intentionnel d'une façon négative comme étant: « l'absence de toute intention présente de ne pas résider d'une manière

¹ HOLENSTEIN, 62; SIMOND, 77.

² SIMOND, L'élément intentionnel du domicile, dissertation Lausanne 1923.

³ PLANIOL, I, 207; COLIN, I, 424.

permanente ou indéfinie dans un pays¹ ». Mais, en droit anglais, l'« intention » joue un rôle important, par suite de la nature particulière de la législation anglaise du domicile. Cette législation connaît, en effet, pour toute personne un « domicile d'origine » (domicile of origin) qui s'attache à l'individu tant qu'il n'a pas créé un « domicile de choix » (domicile of choice). Le domicile d'origine renaît dès que le domicile de choix est abandonné sans faire place à un nouveau domicile.

En Angleterre, toute personne a donc ex lege un domicile, le domicile d'origine, et ne peut rien changer à cette situation tant qu'elle ne devient pas juridiquement capable de constituer un domicile. Or, elle n'acquiert cette capacité qu'après la « majority ». Lorsqu'elle est devenue une « independent person », elle peut élire un « domicile de choix ». « This domicile is acquired by the combination of residence and the intention to reside in a given country². » Remarquons, à ce propos, que les termes techniques du droit allemand de « capacité d'agir » (Geschäftsfähigkeit) et de « capacité limitée d'agir » (beschränkte Geschäftsfähigkeit) — en droit suisse on parle de « Handlungsfähigkeit » et de « beschränkte Handlungsfähigkeit » — sont inconnus en droit anglais qui ne consacre que la distinction entre « dependent and independent persons ». Sont considérés comme « dependent persons », les mineurs, la femme mariée et les aliénés. Ces personnes ne peuvent créer aucun domicile, même par la volonté de leur représentant légal³. Dans chaque cas, on recherchera si la personne intéressée était capable de déroger au domicile d'origine et de

¹ DICEY, 61, 62, 122; LÖWENWÄRTER, p. 20, 49.

² DICEY, 74.

³ DICEY, 133, 134.

lui substituer un domicile de choix. C'est pourquoi l'élément de volonté joue un rôle beaucoup plus grand en Angleterre que dans les dispositions légales du continent. En droit anglais, la volonté en matière de domicile n'est pas seulement un élément de fait, mais, en outre, la conséquence d'une activité juridique. Tandis que les auteurs partisans de la prépondérance de l'élément d'intention pour la constitution du domicile, admettent que cette dernière se produit parfois comme conséquence légale d'une certaine attitude et de certains rapports locaux, même si elle n'était pas, à proprement parler, voulue ¹, il est, en revanche, nécessaire, en droit anglais, d'apporter la preuve rigoureuse de l'intention de créer un « domicile of choice », cela à cause de la présomption du domicile d'origine: « The only principle which can be laid down as governing all questions of domicile is this, that where a party is alleged to have abandoned his domicile of origin, and to have acquired a new one, it is necessary to show, that there was both the factum and the animus. There must be the act and there must be the intention ². »

La jurisprudence anglaise caractérise l'intention en la faisant reposer sur le but de « fixing his sole or principal residence in a new country », de viser à un établissement durable ou d'une durée indéterminée et d'avoir abandonné, le cas échéant, le domicile actuel ³.

La législation soviétique (§ 11) se base uniquement sur l'élément objectif, faisant abstraction complète de l'élément intentionnel. Est déterminante pour le

¹ MANIGK, 679; OERTMANN, Remarque 3 c. ad. § 7 BGB.

² Casus Bell c. Kennedy, Law Reports 1 Sc. App. 307; Cockwell c. Cockwell L. J., 730, 731.

³ DICEY, 77 et ss., ainsi que les arrêts cités.

domicile la résidence permanente ou principale, comme conséquence non d'une intention, mais d'un service, d'une occupation permanente ou de la situation de la fortune de l'intéressé. La durabilité résulte ainsi d'éléments purement extérieurs, tels que service, activité professionnelle ou situation de la fortune.

**b. L'élément objectif et les systèmes de l'unité
et de la pluralité de domicile.**

Les lois auraient pu se contenter de déclarer que chaque personne est domiciliée dans le lieu où elle réside ordinairement. C'est le système adopté par la législation allemande. Le CC Al. dit, à son art. 7: «Celui qui se fixe d'une façon stable (*sich ständig niederlässt*) en un lieu, y établit son domicile». Le sens de cet article a été très exactement rendu par la traduction anglaise qu'en donne Chung Hui Wang: «A person who resides habitually in a place establishes domicile in that place¹». Nous retrouvons la même pensée dans le CC espagnol (art. 40): «Pour l'exercice des droits et l'accomplissement des obligations civiles, le domicile des personnes est au lieu de leur résidence habituelle».

Quelles sont les raisons qui ont amené les autres législations à donner au domicile un caractère de fixité et à distinguer le domicile de la résidence?

Les prescriptions relatives aux éléments constitutifs du domicile indépendant sont différentes suivant que les lois adoptent le principe de l'unité ou, au contraire, celui de la pluralité de domicile. A teneur de l'art. 7, II, du BGB, le droit allemand admet le principe de la pluralité de domicile. Quant aux législations anglaise, nord-américaine, française, italienne, hollan-

¹ CHUNG HUI WANG, *The German Civil Code 1907*, p. 2.

daïse, suisse et japonaise, elles instituent le principe de l'unité de domicile¹.

La conception si répandue dans la doctrine du domicile, pur état de fait, a amené certains de ses adeptes à conclure à la nécessité de l'unité de domicile ou, au contraire, du principe inverse de la pluralité de domicile. C'est ainsi qu'un auteur français a cru pouvoir prétendre que le principe de l'unité de domicile est une conséquence de l'unité même de la personne². Un argument des plus fréquents de la doctrine française consiste à dire que le domicile doit être unique, en raison du fait qu'aux termes de l'art. 102, le domicile se trouve au lieu du « principal établissement » et qu'un seul établissement saurait être « principal ». Une longue controverse a surgi dans la doctrine allemande sur la question de savoir si le domicile peut être désigné comme centre de la personne (*Mittelpunkt der Lebensverhältnisse*), ledit centre ne pouvant être qu'un, de par sa définition, alors que le § 7, II du BGB consacre, à la fois, le double principe de la pluralité et de la simultanéité du domicile³. Dans la doctrine allemande et suisse, quelques auteurs ont estimé pouvoir déduire logiquement de la notion de la personne naturelle et de celle de la personne juridique la possibilité d'avoir, en même temps, plusieurs domiciles, quant à la première, et la nécessité de n'en avoir qu'un, quant à la seconde⁴. Dans le même ordre d'idées, certains auteurs anglais confondent quelquefois la question de fait, soit celle de

¹ CC fr., art. 102, 103; STOCQUART, 94, 97; CC it., art. 16; CC hol., art. 74; CC jap., § 21; CCS, art. 23, II.

² AUBRY et RAU, 578, note 1.

³ OERTMANN, Das BGB, Allg. Teil, 1 ad. § 7; LAUTER, Der Wohnsitz n. d. BGB, p. 16 et ss.; PLANCK, Note 5 ad. § 7 BGB.

⁴ DENZLER, Stellung der Filiale, p. 226 et ss; Feuil. Féd. 1891, III-553.

la possibilité pour une personne d'avoir deux demeures, deux habitations, avec la question de droit, soit de savoir si la loi permet d'avoir plusieurs domiciles ¹.

En réalité, il ne s'agit ici que d'une question de droit positif, ce qui est de toute évidence, étant donné que l'on définit le domicile comme un rapport que les dispositions légales établissent entre un sujet de droit et un lieu. La plupart des législations ont admis pour la personne physique l'unité de domicile; cela s'explique par des raisons historiques et politiques.

« En France, dans l'ancien droit, le domicile servait surtout à déterminer le statut personnel de l'individu, c'est-à-dire les dispositions coutumières qui réglaient son état. Les rédacteurs du CC ont emprunté les règles des articles du titre 3, livre I, aux anciens auteurs, sans se rendre compte qu'elles avaient été surtout établies en vue d'un intérêt que l'unification de la législation avait fait disparaître ². »

En droit anglais et nord-américain, le domicile civil a, aujourd'hui encore, une grande importance pour le statut de la personne. « The status of persons with respect to acts done and rights acquired in the place of their domicil and contracts made concerning property situated therein, will be governed by the law of that domicile ³. » Dans ces législations, les mêmes motifs que pour l'ancien droit en France ont conduit à l'unification du domicile.

Des raisons d'opportunité ont engagé les législateurs allemand et suisse à adopter l'un ou l'autre des systèmes dont il s'agit. Les « Motive » du BGB défendent comme suit l'admission du principe de la

¹ DICEY, 49.

² COLIN et CAPITANT, I, 522, N. 2.

³ PHILLIMORE, 381; cfr. aussi DICEY, 159, WESTLAKE, 397 et ss; STORY, 50 et ss.

pluralité de domicile: « Dass Jemand einen mehrfachen Wohnsitz hat, kommt der Natur der Sache nach nur selten vor. Wo das Verhältnis vorzuliegen scheint, wird des Oeffteren eine genaue Prüfung ergeben, dass der Wohnsitz in Wahrheit nur an einem Orte begründet ist. Der Ansicht, dass ein mehrfacher Wohnsitz begrifflich unmöglich sei, lässt sich nicht beipflichten. Eine Person kann sehr wohl den Aufenthalt zwischen mehreren Orten dergestalt teilen, dass jeder derselben in gleichem Masse als Hauptsitz ihrer Verhältnisse und Tätigkeit erscheint, keiner den anderen ausschliesst, weder der eine, noch der andere als Mittelpunkt eines abgesonderten engeren Kreises des wirtschaftlichen Lebens sich betrachten lässt¹. »

Lors des délibérations relatives au CCS, Meili demanda que celui-ci consacraît, pour la même raison, le principe de la pluralité de domicile, eu égard, notamment, aux pressantes exigences que sa reconnaissance comportait aussi pour le droit public. Toutefois, dans le but de simplifier les prescriptions en vigueur et d'assurer plus de sécurité aux transactions commerciales et autres, le législateur fédéral crut devoir maintenir le système de l'unité de domicile, déjà institué par la loi fédérale sur les rapports de droit civil des personnes établies et en séjour, du 25 juin 1891 (art. 3, IV)². Aussi inséra-t-on à l'alinéa deuxième de l'art. 23 la disposition suivante: « Nul ne peut avoir en même temps plusieurs domiciles ».

Il n'est pas possible de décider, d'une manière générale et absolue, lequel des deux systèmes en présence est le meilleur. Il convient, en effet, de tenir compte, avant tout, des effets juridiques variés et plus ou moins étendus que les diverses législations reconnais-

¹ Motive z. d. Entwurf d. BGB, I, p. 71.

² RUMELIN, Vorentwurf, p. 19.

sent au domicile. Le droit anglais et nord-américain, par exemple, admet que, sur le terrain du droit international privé, le domicile est la loi régulatrice du statut personnel. On ne saurait, bien entendu, s'écarter ici du système de l'unité de domicile, car il est juridiquement impossible qu'un seul et même sujet de droit se voie investi de plus d'un statut personnel en même temps. Le principe de l'unité de domicile est également de rigueur dans les cas exceptionnels où le droit allemand, à teneur de la loi d'introduction au BGB, soumet le statut personnel à la loi du domicile. Cette prescription a même le pas sur l'art. 7, II, du BGB, qui sanctionne le principe de la pluralité de domicile¹. Au surplus, les § 7 à 11 du BGB ne peuvent prétendre à une application absolue, quant à la notion de domicile, en matière de conflits de lois qui relèvent du droit international privé. La solution de la question de l'application du droit international, laissée ouverte par le BGB, est réservée à la loi d'introduction précitée.

Dans tous les autres cas, il nous semble plus indiqué et opportun d'admettre le principe de la pluralité de domicile. Ce système, en effet, permet de mieux faire face aux exigences multiples et diverses de la vie contemporaine et, en particulier, d'éviter les nombreuses difficultés de tout ordre que ne laisse pas de provoquer incontestablement, à maintes reprises, dans la pratique quotidienne, le système de l'unité de domicile. A ce propos, Colin et Capitant n'hésitent pas à se rallier au système de la pluralité, car il leur apparaît comme étant « plus près de la réalité »². « Il ne soulève pas les difficultés d'application pratique

¹ V. BAR, *Lehrbuch d. intern. PR* 1892, p. 161; ZITTELMANN, *Intern. PR*, I, 180; RG, 31, p. 196.

² COLIN et CAPITANT I, 422, note 1.

auxquelles donne lieu la loi française. Il a fallu, chez nous, que la jurisprudence aplanisse ces difficultés en élargissant un peu la notion de domicile et en brisant là où il était trop gênant, le caractère artificiel que le code lui a donné¹. »

Le principe de l'unité et de l'exclusivité de domicile n'est pas, non plus, d'une application stricte en droit anglais. D'après Dicey², ce principe doit être interprété en ce sens qu'aucune personne ne peut avoir, pour un seul et même but, plus d'un domicile en même temps. D'après le statut de 1861 (Domi. 1861, 24-25 Vict. Ch. 121), l'Etat anglais est autorisé à conclure avec tout Etat étranger, sous condition de réciprocité, une convention en vertu de laquelle aucun ressortissant britannique décédé dans un Etat étranger n'est censé y avoir acquis un domicile, en tout ce qui a trait à sa succession testamentaire ou ab intestat de biens meubles³. Il ressort de cette disposition que, sous réserve du cas auquel elle s'applique et pour tout autre but, un domicile peut être constitué à l'étranger. On en arrive ainsi à la pluralité de domicile. Au surplus, pour le « forensic domicile », par exemple, il suffit d'un séjour de longue durée (ordinary residence Order XII, C. 1883).

Les quelques considérations qui précèdent font ressortir combien est artificiel le principe de l'unité

¹ DICEY, 62, note III; *Casus Gillis c. Gillis* ir. LR, 8, esq. 597.

² PLANIOL, p. 210, N° 597, aussi se rallie au principe de la pluralité de domicile et reconnaît que le BGB l'a adopté « avec raison ».

³ Cette disposition n'est toutefois pas appliquée lorsque le défunt a résidé dans l'Etat étranger au moins un an précédent le décès et remis entre les mains de l'autorité publique une déclaration établissant son intention d'avoir un domicile sur le territoire dudit Etat — DICEY, p. 358, note IX; cfr. aussi NELSON, *Private Int. Law*, 177, 178.

de domicile et qu'il est inapplicable sans de nombreuses dérogations. La grande diversité de la vie sociale et économique s'oppose à une réglementation si schématique: que l'on songe, par exemple, aux personnes qui ont l'habitude de passer l'été à la campagne et l'hiver à la ville et possèdent, aux deux endroits, un appartement complètement installé; c'est très souvent le cas pour les médecins qui pratiquent régulièrement en été dans une station balnéaire, en hiver à la ville et ont un logement aux deux endroits. En Suisse, cette question revêt une importance particulière en raison du grand nombre des industries saisonnières (hôtellerie et les diverses branches qui, de près ou de loin, s'y rattachent).

A l'appui du système de l'unité de domicile, ses partisans, se plaçant sur le terrain de la politique sociale, font valoir que, tout en permettant de simplifier la législation, il assure plus de sécurité aux relations d'affaires. Ces raisons ne semblent guère concluantes. Quant à la simplification, il n'y a pas grand gain, à la vérité, attendu que les lois prévoient nonobstant une série de domiciles spéciaux (par exemple pour les domestiques, les employés, les fonctionnaires publics, etc.) et que, d'autre part, elles doivent largement tenir compte des nécessités particulières du commerce, notamment en ce qui concerne les établissements commerciaux. Aussi n'est-ce souvent pas sans de réelles difficultés que le simple particulier découvre le domicile effectif dans l'ensemble de ceux-ci. Dès lors, on n'ose guère prétendre à plus de sécurité, dans les relations d'affaires, du chef de l'unité de domicile. Au contraire, n'est-il pas plus avantageux et plus sûr pour celles-ci que le créancier puisse actionner et poursuivre son débiteur à chacun des domiciles qu'il s'est créé et que, d'un autre côté, le débiteur soit à même de s'acquitter de sa prestation envers le créan-

cier à celui des domiciles de ce dernier qui lui paraîtra le plus commode ? D'autre part, une fixation artificielle du domicile dans un seul lieu présente des risques pour la partie peu familiarisée avec le droit, en ce sens qu'elle confondra aisément l'établissement avec le domicile et devra supporter les conséquences juridiques et pécuniaires de son erreur, tandis qu'il serait plus équitable que la personne qui, dans son propre intérêt, a plusieurs établissements, somme toute équivalents, subisse également aux divers lieux de ceux-ci les conséquences inhérentes au domicile. Le système de la pluralité de domicile ne pourrait présenter de réels inconvénients que dans le cas où le droit local à appliquer devrait être déterminé d'après le domicile (en matière de droit international privé), mais ces questions sont réglées en principe sous réserve du système anglo-américain et Suisse — d'après la nationalité de la personne et non d'après le domicile, ce qui assure une plus grande stabilité dans les rapports juridiques, la nationalité constituant une base à la fois plus générale et plus ferme que le domicile.

Il ne résulte pas de la grande pratique allemande que le système de la pluralité de domicile ait entraîné de notables inconvénients. Le droit romain, l'instituait déjà : « *viris prudentibus placuit duobus locis posse aliquem habere domicilium si utrobique ita se instruxit ut non ideo minus apru alteros se collocasse videatur* ¹ ». Le principe de la pluralité était aussi admis en droit commun ². Lorsque le droit coutumier se mit à avoir recours au domicile pour la détermination du statut personnel, il devint nécessaire de distinguer le domicile de l'établissement et, à cette fin,

¹ L. 5, D. 50, 1 ; 5 et 6 § 2 ; D. ad municipalem L., I.

² SAVIGNY, *System* VIII, p. 64 ; WINDSCHEID, *Pand.* I, § 36, R. 7.

d'en fixer les principes d'une manière uniforme. Cela se fit à une époque où la plupart des Etats n'étaient pas encore unifiés et où le domicile pouvait seul servir de stade intermédiaire ¹ entre la nationalité et l'établissement ². Par suite de l'unification des Etats, le rôle de premier plan joué par le domicile et qui consistait à être la loi régulatrice du statut personnel de l'individu, tomba et fut assumé, dès lors, par la nationalité. Nonobstant, le principe de l'unité de domicile se perpétua comme vestige du passé, dans la plupart des législations, bien que la raison d'être de cette unité n'existât plus de longue date. Ce principe, il est vrai, n'a été repris expressément, pour des considérations de politique sociale, que dans quelques législations récentes (par exemple en Suisse) ³ et il serait, certes, exagéré de dire qu'elles ne reflètent pas, peu ou prou, quelques anciennes idées sur le domicile par lesquelles le législateur, inconsciemment peut-être, se serait laissé influencer.

2° Les éléments constitutifs du domicile sont formulés d'une manière différente selon que le législateur a adopté le principe de l'unité ou de la pluralité de domicile.

Le droit allemand discerne dans la notion du domicile l'établissement (*Niederlassung*), ce terme étant

¹ ZITTELMANN, *Int. PR*, I, 387, 388.

² Ainsi que COLIN et CAPITANT le relèvent, les coutumes fort nombreuses qui se partageaient le territoire du pays différaient sur beaucoup de points et ces divergences donnaient un grand intérêt à la question de savoir à quelle coutume était soumis chaque individu. On appliquait la coutume du lieu du domicile aux questions relatives à l'état, à la capacité, à la dévolution de la succession mobilière, en un mot aux questions qui relevaient du statut personnel. C'était le rôle principal du domicile. (COLIN et CAPITANT, *op. cit.* I, p. 421, 4 et note 2.)

³ EGGER, N. 3, ad. CCS, 23.

employé, bien entendu, au sens du droit privé et visant les cas où se produit une certaine centralisation des buts généraux de l'existence, par opposition aux cas où le domicile tend à un simple but spécial. Le droit allemand qui, comme on l'a constaté, admet le principe de la pluralité de domicile, ne saurait exiger que l'établissement soit permanent et ininterrompu, sinon l'existence simultanée de plusieurs domiciles eût été tout à fait exclue. Le BGB se contente de prescrire un établissement « stable »¹. L'élément de stabilité est défini comme suit dans les « Motive »²: « Nicht erforderlich ist die Absicht, das Niederlassungsverhältnis für alle Zeiten beizubehalten; es genügt, dass dasselbe nicht von vornherein nur vorübergehender Natur sein soll. » Il en résulte qu'un établissement de nature non passagère suffit pour constituer le domicile. La doctrine se prononce aussi dans ce sens³. L'élément objectif, dont on traite avant tout dans ce chapitre, ne peut naturellement être tout à fait dissocié de l'élément subjectif et nous serons contraints de revenir, à plus d'une reprise encore, sur l'intention. C'est ainsi que seul l'établissement proprement dit a trait à l'élément objectif, tandis que l'expression « stable » englobe non seulement le rapport de temps, mais aussi l'élément subjectif d'intention. L'établissement ne doit pas être envisagé d'avance comme passager. Au surplus, nous avons, d'ores et déjà, exposé que l'intention ne peut être prouvée que par des éléments matériels, objectifs, extériorisés et que, finalement, ce sont ces éléments qui deviennent déterminants⁴.

¹ Il existe une différence d'ordre linguistique sensible entre le mot « ständig » et « beständig ». Voir LÖWENWÄRTER, 47.

² Motive z. BGB, I, 69.

³ PLANCK, Rem. 3 ad. § 7; STAUDINGER, Rem. 4-6, ad. § 7.

⁴ Motive I, p. 69, § 34: « Ob die bezeichnete Absicht, der Domizilswille, vorliegt, haben die Umstände zu ergeben ».

En ce qui touche l'élément purement objectif, « établissement », on exige pour la constitution du domicile, par opposition à l'établissement industriel ou commercial, que la personne possède une habitation au lieu du dit établissement et qu'elle-même y loge en personne. Celui qui fonde un établissement commercial ou industriel à un endroit déterminé peut n'y être jamais allé et ne l'avoir jamais vu, mais celui qui s'établit d'une manière stable en un lieu déterminé ne peut pas en rester éloigné personnellement.

Paraît se rattacher au système allemand de la pluralité de domicile le code soviétique, non « *expressis verbis* », mais par voie de conséquence, sa conception très large du domicile permettant de l'interpréter extensivement dans ce sens¹.

Contrairement au système allemand, les législations favorables à l'unité de domicile exigent pour ce dernier des éléments beaucoup plus marquants et caractérisés.

La législation française pose, en principe, que le domicile est au lieu du « principal établissement ». Se rattachent au système français, l'Italie (art. 16), la Hollande (art. 74), la Belgique (art. 102), le Mexique (art. 30), le Vénézuëla. Il ne suffit pas d'avoir simplement une habitation, ni même une résidence durable, parce qu'une personne peut résider en un autre endroit qu'en celui où elle a son principal établissement. De plus, il n'est pas nécessaire que cet établissement ait un caractère définitif². D'autre part, la demeure, l'habitation n'est pas une condition *sine qua non* du domicile, à l'opposé du droit allemand. Le commerçant, l'industriel, a son domicile au siège de sa maison de commerce, de son usine, etc., mais il

¹ Cfr. cit. 4, p. 7.

² COLIN et CAPITANT, note 3 (Civ. 7 mai 1907. S. 1908, I, 150).

peut habiter avec sa famille dans une commune voisine, il peut même avoir plusieurs résidences. Le domicile est alors, non plus le lieu où l'homme réside, mais le lieu auquel le rattache cet ensemble d'intérêts (affaires, fortune, etc.) qui constitue le principal établissement¹.

Le mot établissement exprime ici l'action de prendre pied ; mais, en plus de l'action, ce terme désigne le fait accompli, c'est-à-dire la fixation, sinon définitive, du moins durable, d'« une personne ou d'une entreprise dans un endroit précis, qui devient, dès lors, un centre de vie et d'activité² ». Il embrasse ordinairement la demeure, soit le centre des intérêts familiaux et domestiques ou l'établissement « personnel » (bien qu'exceptionnellement celui-ci puisse être ailleurs) et le centre des intérêts économiques de la personne, c'est-à-dire le siège de l'entreprise commerciale ou industrielle qui alimente régulièrement l'activité professionnelle de l'intéressé, soit l'établissement « industriel ou commercial » ; lorsqu'il n'y a pas concordance entre les deux « établissements », le second l'emporte, en ce sens qu'il est celui auquel la loi donne l'appellation de « principal » et qui est donc déterminant pour le domicile, d'après l'art. 102.

La notion du principal établissement est encore plus clairement exprimée dans le Code italien (art. 16) par ces mots : « sede principale dei propri affari ed interessi ». Cette formule frappe par le fait qu'elle n'accorde d'importance ni à l'élément intentionnel, ni à l'élément de temps. Ainsi, elle ne se préoccupe pas de l'intention, au rebours du droit allemand, et il n'est pas nécessaire que l'établissement ait un caractère durable.

¹ PLANIOL, 200, 201 ; COLIN, 422.

² Cfr. DELESSERT, p. 96.

Le principe de l'unité de domicile est très strictement appliqué dans les législations qui se sont inspirées du Code civil français. En dehors du domicile, elles ne reconnaissent ni un domicile commercial spécial, ni, subsidiairement, une résidence en lieu et place de l'absence de domicile. Dans la pratique, cette rigueur conduit à de réelles anomalies. Les tribunaux sont obligés, nonobstant, de reconnaître des « sièges secondaires » pour faire face aux nécessités de plus en plus impérieuses de la vie sociale et économique moderne. Cette solution, tout empirique à la vérité, s'explique par les nécessités d'ordre pratique, mais elle n'en a pas moins, de l'avis de certains auteurs, un caractère prétorien, arbitraire et, au fond, illégal ¹.

Quant à la résidence, c'est-à-dire, au sens du droit français, « l'endroit où une personne fixe pour un temps son habitation », elle n'est qu'un simple fait qui se confond d'ordinaire avec le domicile et dont la loi ne tient pas compte. Elle ne produit pas non plus d'effets juridiques, en principe ².

Au sens étroit et rigoureux de ce terme, la résidence est le lieu où l'on est, ainsi que le spécifient les art. 39 et 69 du Code de procédure civile français ³. La résidence est un fait matériel qui se rattache à la présence physique en un lieu, tandis que le domicile est un fait de droit qui subsiste, sans qu'il soit nécessaire qu'il y ait, de la part du domicilié, demeure réelle dans le lieu même.

¹ PLANIOL, 213.

² L'expression « residence » est employée par WESTLAKE, p. 30., PHILLIMORE, p. 49, souvent aussi par les tribunaux (cfr. divers arrêts cités par ces auteurs). Le mot « home » est aussi employé usuellement par DICEY.

³ CALVO, CH., Le droit international théorique et pratique, 4^{me} éd., t. II, p. 148 et ss. Berlin 1888.

Le CC allemand (§ 7) et le CC espagnol (art. 40) semblent confondre le domicile avec la résidence habituelle ¹. En revanche, le CC italien, au titre 2, art. 16, distingue expressément la résidence du domicile en ces termes: « La résidence est au lieu où la personne a sa demeure habituelle ». La résidence est le siège réel de la personne; elle est au lieu de l'habitation ordinaire de cette dernière; on peut avoir plusieurs résidences, l'une d'été, l'autre d'hiver; quant à l'habitation, elle constitue un siège accidentel de l'individu. Tandis que le domicile est le résultat d'un lien de droit que la loi établit entre une personne et un lieu (soit celui du principal établissement, d'après le CC français et les législations qui s'en inspirent), la résidence, l'habitation, sont le résultat d'un lien de fait entre la personne et le lieu où elle habite, soit ordinairement, ce qui est le caractère de la résidence, soit accidentellement ce qui est le caractère de la simple habitation. On peut avoir de très nombreuses habitations, quelques résidences, et, dans les pays ayant adopté le système de l'unité de domicile, un seul domicile ².

La résidence s'acquiert avec l'habitation et prend fin avec elle. Le domicile, au contraire, est une relation purement juridique, indépendante du fait de l'habitation.

Comme nous venons de le voir, la résidence se confond d'ordinaire avec le domicile, mais elle peut en être séparée. C'est alors qu'elle acquiert une valeur technique spéciale. Envisagée comme distincte du domicile, la résidence offre deux caractères particuliers. Au rebours du domicile, elle n'est pas réglemen-

¹ WEISS, A. *Traité théorique et pratique, de droit international privé*, 2^e éd., 1912, p. 318 et ss.

² BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, t. I, p. 165 et ss.

tée par la loi, qui la considère simplement comme un pur fait ; d'autre part, elle comporte une moindre stabilité que le domicile et se perd, en principe, aussitôt que le sujet de droit s'en éloigne d'une façon durable. Par dérogation au principe sus-énoncé qu'elle n'engendre pas d'effets juridiques, dans la règle, la loi lui en confère nonobstant certains, à titre exceptionnel et subsidiaire ; ainsi, l'art. 8 de la loi d'introduction du BGB allemand permet d'interdire au lieu même de sa résidence l'étranger qui se trouve être en Allemagne sans avoir acquis un domicile. En droit suisse, aux termes de l'art. 24, al. 2 du CC, le lieu de la résidence de la personne vaut comme domicile lorsque l'existence d'un domicile antérieur ne peut être établie ou lorsqu'elle a quitté son domicile à l'étranger et n'en a pas acquis un nouveau en Suisse. En droit français, la résidence fait règle, en lieu et place de domicile, lorsque ce dernier est inconnu (art. 68-69 du code de procédure civile), par exemple pour les assignations. De plus, elle donne parfois compétence aux tribunaux ; les militaires, par exemple, qui, ainsi qu'on le verra plus loin, n'ont pas en France de domicile légal au siège de leur garnison, comme c'est le cas dans d'autres législations, peuvent être assignés pour fournitures courantes au lieu de leur résidence, malgré qu'ils n'y aient pas leur domicile. Cette procédure ne s'appuie sur aucun texte légal, on l'admet cependant pour l'utilité de la pratique.

Le droit anglo-américain exige, pour la constitution du domicile, la « résidence durable et indéfinie » et, en plus, l'élément intentionnel de cette résidence (intention of permanent or indefinite residence). L'élément de fait « residence » est aussi désigné par le mot « home »¹. Par là, le droit anglais n'embrasse pas,

¹ Déjà LAURENT, *Principes de droit civil*, Suppl. § 284, s'exprime comme suit au sujet de l'application du principe français

comme le droit allemand, un rapport à l'égard d'un endroit déterminé (place), mais plutôt vis-à-vis d'une « country » dans son ensemble. L'élément objectif est exprimé par les mots : « the person's habitually physical presence » et l'élément subjectif (the mental fact), qui a aussi une grande importance, par ceux-ci : « the present intention to reside permanently or for an indefinite period ». Cet élément est aussi caractérisé par les expressions latines qui ont l'avantage appréciable de supprimer toute équivoque « animus manendi » ou « animus revertendi et manendi ». Tantôt c'est l'élément objectif qui prime, par exemple, dans le cas d'une personne habitant l'Angleterre et qui a l'intention de partir en France. Son domicile reste en Grande-Bretagne jusqu'à la pleine et entière réalisation de ce dessein. Tantôt c'est l'élément subjectif qui prédomine, par exemple, une personne qui a habité un certain temps l'Angleterre, s'y est créé un domicile, quitte effectivement ce pays pour un temps, mais avec l'« animus revertendi », conserve son domicile dans le Royaume-Uni. L'« Indian Succession Act » (explanation to article 10) dispose que « a man is not be considered as having taken up his fixed habitation in British India merely by reason of his residing there in Her Majesty's civil or military service or in the exercise of any profession or calling ».

Dans son essence, l'élément objectif, la résidence,

de l'unité de domicile : « Dans de nombreux cas, on semble admettre qu'il y a pluralité de domicile » ; il n'y a là qu'une exception apparente. Il ne s'agit pas de plusieurs domiciles, semblables à celui défini par le Code. Il s'agit uniquement de résidences distinctes du principal établissement et auxquelles on fait produire, en raison de circonstances particulières, certains effets du domicile. Ces résidences sont appelées en doctrine « domiciles spéciaux », par opposition au « principal établissement », appelé domicile général » et qui est toujours unique.

ou le home est identique à l'établissement ¹ (Niederlassung) du droit allemand, par opposition au « principal établissement » du droit français. C'est le « home » (Heim), la demeure personnelle, l'habitation, qui constitue la pierre angulaire du domicile, non le centre des intérêts économiques, comme c'est généralement le cas en France. D'autre part, les législations anglaise et allemande se différencient du système français en ce que l'élément de temps joue un rôle en étroite corrélation avec l'élément intentionnel. Les notions allemande et anglaise se distinguent entre elles en ce que le droit anglais donne à l'élément de stabilité une accentuation particulière.

La législation suisse, en matière de domicile, est assez originale. La notion suisse du domicile se rapproche toutefois sensiblement de la notion allemande et nous considérons comme erroné tout point de vue tendant à établir une analogie entre le domicile suisse et le « principal établissement » du droit français ². D'après l'art. 23 du CCS, l'élément objectif nécessaire à la constitution du domicile consiste dans le fait que la personne réside au lieu en question. La résidence personnelle, l'habitation effective, sont ainsi indispensables à l'existence du domicile. Ce qui est déterminant, c'est le siège de la demeure, du « home » (Heim), peu importe que la personne passe la plus grande partie de l'année éloignée de cette demeure, soit comme ouvrier, étudiant ou voyageur de commerce. L'établissement commercial (Geschäftssitz) ne joue aucun rôle dans la création de l'existence du domicile. Le CCS reconnaît expressément l'établissement commercial, sans que la notion du domicile en soit altérée (art. 23, III). La loi suisse diffère en cela de la

¹ STORY, 43.

² Sic. EGGER, N. 2 ad. art. 23; HOLENSTEIN, 77.

loi française qui fixe le domicile du commerçant au siège du principal établissement de son commerce, lors même que ce commerçant habiterait ailleurs avec sa famille. En droit suisse, le contraire se produit. Le domicile du commerçant se trouve au lieu où il a sa demeure familiale stable, même s'il possède dans un autre endroit et exploite de très importantes installations commerciales ou industrielles constituant le centre de son activité sociale et économique. Cela s'explique par le fait que le droit suisse connaît en dehors du domicile, centre des intérêts généraux et de l'existence du sujet de droit, l'« établissement commercial », centre de l'activité sociale et économique de l'individu, bien déterminée et se rattachant à l'exploitation d'une entreprise commerciale ou industrielle. Nous reviendrons plus loin sur les rapports entre l'établissement commercial et le domicile. De plus, en droit suisse, le séjour dans une localité en vue d'y fréquenter les écoles ou le fait d'être placé dans un établissement d'éducation, un hospice, un hôpital, une maison de détention, ne constitue pas le domicile aux termes exprès de l'art. 26 du CCS. Il s'agit là de résidences élues ou imposées en vue de buts spéciaux.

Il appert à l'évidence de l'exposé qui précède que le droit suisse se rapproche du droit allemand, non seulement en ce qui concerne l'élément objectif, mais aussi quant à l'élément subjectif. Toutefois, à l'opposé du droit allemand, le droit suisse reconnaît le système de l'unité de domicile, dont la fixation est plus accusée et revêt un caractère de durabilité très marqué.

Le principe de l'unité de domicile est le seul point de ressemblance entre le droit suisse et le droit français; mais ce principe est bien atténué dans notre législation, grâce à l'institution de l'établissement commercial, qui est reconnu expressément à côté du

domicile comme une sorte de siège « secondaire ». Il joue, de même que le domicile, un rôle prépondérant comme base de compétence (CO 625, II, 859, 865; loi sur la P et F 47, 50). La notion de l'établissement commercial ne préjudicie et n'altère en rien celle du domicile¹. Ledit établissement n'est, au demeurant, qu'un simple état de fait reconnu par la loi; nonobstant, il occupe, dans la pratique, parallèlement au domicile, une place qui, toute importante qu'elle soit, n'en demeure pas moins complémentaire.

Avant de terminer ce chapitre, nous croyons devoir reconnaître, une fois de plus, les réels efforts qui ont été accomplis, tant par les théoriciens que par les praticiens du droit pour trouver une formule du domicile aussi conforme que possible à la nature de cette institution, tout en étant applicable à la plus grande généralité des cas. Enfin, nous croyons avoir fait ressortir avec une clarté suffisante le caractère à la fois artificiel et suranné du principe de l'unité de domicile dont la rigueur est battue en brèche par les exigences multiples et de plus en plus impérieuses de la vie contemporaine.

2. Du changement, de la perte et de l'absence de domicile.

Le système de l'unité de domicile tend, comme nous l'avons vu, à conférer au domicile le caractère d'un rapport durable. Une conséquence de ce système est que les législations qui l'adoptent admettent, en partie, une continuation du domicile primitif, tant que l'ac-

¹ DENZLER, Stellung der Filiale, Dissert., Zürich 1902, p. 225 et ss, paraît méconnaître les principes juridiques qui régissent le domicile lorsqu'il parle de l'établissement principal d'une maison de commerce comme d'un domicile. Par contre, HOLENSTEIN, p. 148 et ss, émet, à ce propos, un avis juridiquement très sensé.

quisition d'un nouveau domicile n'est pas intervenue. C'est ainsi que la construction artificielle de l'unité de domicile conduit à des fictions telles que, précisément, celle de la propagation du domicile qui, en réalité, peut avoir été supprimé de plus ou moins longue date. Par cette fiction, le législateur a voulu, avant tout, parer à l'absence de domicile qui, dans l'application du droit, donne lieu à bien des difficultés. Nous pouvons, du reste, constater que les législations qui instituent le principe de l'unité du domicile s'efforcent d'obvier à l'absence de ce dernier en adoptant des règles complémentaires. En cela, les droits français, anglo-nord-américain et suisse sont pleinement concordants, en dépit de leurs divergences sur d'autres points.

En revanche, le système allemand, qui reconnaît le principe de la pluralité de domicile, ne prend aucune mesure préventive contre l'absence de domicile. D'après le droit allemand, le domicile se perd du chef d'un « *actus contrarius* », c'est-à-dire par le fait de la suppression de l'établissement, accompagné de l'intention manifeste de ne plus avoir son domicile au même endroit (BGB § 7, III). L'extériorisation de la volonté ne peut, de même que pour la constitution du domicile, se produire que par un acte concluant. Ainsi donc le domicile subsiste lorsque seul l'établissement prend fin, sans que l'intention de supprimer le domicile soit manifestée. La continuation du domicile ne nécessite pas, par conséquent, comme le changement de domicile, la co-existence de l'établissement de fait et de l'intention de se fixer à demeure ¹.

Quand l'ancien domicile a pris fin sans qu'on lui en ait substitué un nouveau, il y a « absence de do-

¹ STAUDINGER, Rem. 10 ad. § 7 BGB; PLANCK, Rem. 4 ad. § 7 BGB; MANICK, 113, 159, 160.

micile », cas qui est expressément prévu par le BGB au § 10, II. Lorsque cette éventualité vient à se produire et que des questions juridiques en connexité avec le domicile doivent être résolues, le système allemand n'a pas recours à la fiction de la continuation du domicile ; il se contente de statuer que l'ancien domicile, quoique disparu, est déterminant pour la solution des questions dont il s'agit (§ 16 et 606, ZPO), ou bien, dans certains cas, que c'est la résidence (Aufenthalt) (§ 16 ZPO ; § 1320 BGB ; art. 8, 29 EG) ¹. (Cfr. aussi art. 45 CC Portugais.)

Parmi les législations adoptant le principe de l'unité de domicile, la française se rapproche plus que les autres du droit allemand, en ce qu'elle ne prévoit pas de fiction pour éviter l'absence de domicile. Mais, tandis que le BGB ne règle que la suppression du domicile, le CC Fr. ne contient aucune disposition à ce sujet, mais, en revanche, statue sur le changement de domicile. Le changement de domicile s'opère moyennant deux conditions, le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu joint à l'intention d'y fixer son principal établissement (art. 103 CC Fr.). Du fait que la loi ne parle que du changement de domicile, c'est-à-dire du remplacement de l'ancien par un nouveau, et jamais de la perte pure et simple du domicile, la plupart des auteurs infèrent qu'une personne ne peut pas ne pas avoir de domicile. En l'absence de l'une ou de l'autre des conditions dont le concours est nécessaire pour opérer le changement de domicile, on prétend que le domicile, une fois établi en un lieu, y reste légalement fixé ². Cette opinion ne paraît guère fondée. La loi n'établit pas de fiction de la

¹ STAUDINGER, Rem. 10 b. ad. § 7 BGB ; CASPARI, p. 33 et ss ; Reichsgericht, t. 31, p. 197, t. 36, p. 209.

² AUBRY et RAU, I, 585 ; Cass. 24 avril 1883, D. 84, 1, 101 ; Cass. 29 mai 1890, S. 90, 1.

continuation du domicile supprimé. L'art. 103 entend déterminer à quel moment, lors d'un changement de domicile, il y a lieu de considérer le domicile ancien comme perdu et le domicile nouveau comme acquis. Du fait que la loi ne règle expressément que le changement de domicile, c'est-à-dire le remplacement de l'ancien par un nouveau, et non la perte du domicile en général, on ne saurait à bon escient conclure qu'il est impossible de rester sans domicile¹. En effet, les articles 2 et 59 du Code de procédure civile prévoient le cas où un individu « n'a pas de domicile » et décident qu'il pourra être assigné devant le « tribunal de sa résidence ».

Le principe qu'une personne ne peut être sans domicile est communément admis dans la doctrine française comme conséquence logique du système de l'unité de domicile, bien que, en droit strict, cette opinion soit difficilement soutenable.

Dans la législation suisse, le principe de l'unité de domicile est appliqué jusque dans ses extrêmes conséquences. Par opposition aux systèmes français et allemand, le législateur suisse n'accorde pas au changement de domicile une portée juridique indépendante. Le CCS règle, en effet, ainsi que nous l'avons déjà relevé, le domicile comme rapport indépendant. Le titre marginal de l'art. 24 du CCS « changement de domicile ou de séjour » ne doit pas induire en erreur sur le sens de cette disposition, qui ne règle pas, à proprement parler, le transfert du domicile dans un autre lieu, mais régit plutôt l'abandon et la perte du domicile, soit le cas où une personne cesse ses rapports de fait avec le lieu actuel, sans acquérir pour le moment un nouvel établissement stable. En d'au-

¹ PLANIOL, I, 209; COLIN, I, 427.

tres termes, c'est le problème de l'absence de domicile que le législateur résout dans cet article.

Le changement de domicile et les questions qui s'y rattachent sont régis par les principes généraux du domicile. D'après ces derniers, le changement de domicile se produit lorsque la personne transfère en un autre lieu le centre de ses rapports et de ses intérêts généraux. Ce transfert peut s'effectuer de façon manifeste, dans un laps de temps très court, ou, au contraire, ne devenir un fait accompli que peu à peu et sans qu'un tiers de bonne foi puisse, à première vue, s'en apercevoir. La conception suisse exige aussi, pour le changement de domicile, la concordance de l'« animus » et du « corpus » dans un sens négatif, soit la volonté de faire cesser l'établissement durable et l'extériorisation de cette volonté par les faits concrets que son accomplissement comporte¹. On ne peut conclure à un changement de domicile du fait du simple éloignement passager, du retrait des papiers de légitimation, du départ du lieu dans lequel la famille demeure². Dans ce domaine, la doctrine suisse concorde avec la doctrine allemande et française, sauf en ce qui concerne l'élément objectif qui, ainsi que nous avons cherché à le démontrer, diffère de l'élément objectif du système français.

Le législateur suisse pose, en principe, à l'article 24, I, que la perte du domicile n'est possible que si et dans la mesure où elle est suivie de la création d'un nouveau domicile. Par là, le législateur suisse a voulu trancher le problème de l'absence de domicile. Le domicile constitué, est en principe, maintenu (même si, en fait, l'établissement durable dans ce domicile

¹ EGGER, N. 1 ad. CCS, 24; Hafter, N° 3 ad. CCS, art. 24; Arrêt TF 38, p. 252.

² JÆGER, N. 3 ad. art. 46 de la LP et F; Arrêts TF XXIV, I, 675; XXVIII, I, 194.

a pris fin) tant qu'un nouveau domicile n'a pas été acquis. Il y a là une fiction¹. Ce n'est pas le domicile comme tel qui constitue la fiction (ce qui n'est pas possible, le domicile étant une notion de droit), mais le fait que le domicile continue à subsister alors que les rapports de fait qui existaient entre la personne et le lieu (soit la base fondamentale du domicile) ont cessé. Ainsi la fiction repose sur la persistance des rapports entre la personne et le lieu d'établissement, comme s'ils étaient effectifs.

Qu'en est-il lorsque l'existence d'un domicile antérieur ne peut être établie ? Le législateur suisse résout également cette question à l'art. 24, II, en disposant que, dans ce cas, « le lieu où la personne réside est considéré comme son domicile ». Ainsi, la loi établit la filière suivante pour le cas où la détermination du domicile rencontre des difficultés. Si, à un moment donné, le domicile d'une personne ne peut être identifié, le domicile antérieur fait règle. Si ce dernier ne peut être établi, on se rabattra sur la résidence comme tenant lieu de domicile.

L'alinéa 2 de l'art. 24 du CCS contient encore une autre disposition. Le lieu de la résidence est également considéré comme domicile pour les personnes qui ont quitté leur domicile sis à l'étranger sans en avoir acquis, entre temps, un nouveau en Suisse. Cette disposition a une double portée. Elle peut s'appliquer au cas où le domicile à l'étranger est perdu, d'après le droit de ce pays (par exemple, d'après le § 7, III du BGB) et où la personne intéressée réside en Suisse sans y avoir créé un nouveau domicile. Dans ce cas, elle est juridiquement sans domicile et alors la fiction

¹ Contesté par EGGER, N. 1 ad. CCS 24. HOLNSTEIN, 52; admis par ESCHER, Schw. Interkant. PR 83; CURTI, ZGB N. 3 ad. art. 23; HAFTER, Personenrecht, N. 3 ad. art. 26.

de l'art. 24, al. 2, entre en jeu. A cet égard, cette disposition est aussi une règle de droit international privé, applicable au règlement de conflits de cette nature. Mais, ledit alinéa est aussi applicable à un autre cas, celui dans lequel une personne a rompu ses rapports de faits avec le lieu qu'elle habitait et réside en Suisse, sans toutefois y avoir créé un domicile. Grâce à la fiction de conférer à la résidence les attributs essentiels du domicile, les droits que des tiers pourraient avoir à faire valoir contre ladite personne seront juridiquement sauvegardés.

La théorie et la pratique ne se sont pas prononcées clairement sur la nature de la disposition de l'art. 24, 2^{me} al., du CCS¹; mais nous inclinons à croire qu'elle est de droit positif et non une simple règle applicable à la solution de conflits. Une interprétation différente serait de nature à créer des inégalités dans le traitement de certaines personnes suivant qu'elles avaient jusqu'alors leur domicile dans un pays admettant la perte du domicile ou ne l'admettant pas².

Dans le système anglais et nord-américain, les mesures prises contre l'absence de domicile sont très caractéristiques. Nous avons déjà parlé plus haut du « domicile of origin ». Cette institution ne consiste pas seulement dans le fait que l'enfant nouveau-né acquiert, dès et par sa naissance, le domicile de ses parents. Il en va de même dans les autres législations. Le domicile dépendant des mineurs, dont il sera question plus loin, n'est d'ailleurs pas autre chose. Le domicile « of origin » a encore un autre caractère³. Il n'est pas un domicile dépendant, sinon il prendrait fin définitive-

¹ EGGER, N. 2a ad. CCS 24; Arrêts TF 28 I/218; 40, I/429; 43, III/262.

² HOLENSTEIN, 117.

³ LÖWENWÄRTER, 36, 60, ne relève pas ce caractère et paraît méconnaître la particularité du « domicile of origin ».

ment lorsque les parents de l'enfant changent de domicile ou lorsque l'enfant, devenu majeur, acquiert un nouveau domicile de choix. Le « domicile of origin » est bien plutôt un domicile inné, une sorte d'attribut permanent de la personnalité, qui peut, il est vrai, disparaître lorsqu'un nouveau domicile de choix prend naissance, mais qui, aussitôt, revit automatiquement, lorsque l'existence d'un domicile antérieur d'une autre nature ne peut être établie.

La doctrine range le « domicile of origin » dans la catégorie du domicile « of independent persons » lorsque le critère de la classification repose sur le caractère indépendant » « ou « dépendant » du sujet de droit¹. Mais la classification en « domicile imposed by operations of law » et « domicile acquired by act of party », soit, plus brièvement en « necessary domicile » et « domicile of choice » paraît plus heureuse. La doctrine connaît encore une troisième classification, qui distingue le « domicile of origin », le « domicile of choice » et le « necessary domicile »². D'après la deuxième classification, le « domicile of origin » rentrerait dans la catégorie du « necessary domicile » ; d'après la troisième il formerait une classe spéciale. Aucune de ces classifications ne semble entièrement satisfaisante. A la première on peut objecter que le « domicile of origin » ne peut guère figurer dans la catégorie du « domicile of independent persons » puisque le « domicile of origin » est applicable également aux personnes dépendantes et même à ces dernières, en particulier. Il entre, en effet, en ligne de compte au moment de la naissance de l'enfant, au profit de ce dernier, qui est précisément le prototype des personnes dépendantes. La deuxième classification a le défaut de mettre le « do-

¹ DICEY, 4, 69.

² STORY, 49 ; PHILLIMORE, 67, 71.

micile of origin » avec le domicile des personnes dépendantes (necessary domicile), alors que le « domicile of origin » a un caractère propre. La troisième classification est critiquable en ce que la notion du « necessary domicile », dans le sens d'un domicile légal, ne fait pas exactement ressortir l'opposition avec les autres notions du domicile. Le « domicile of origin » et, de même, le « domicile of choice » sont également un domicile légal, parce qu'ils sont des notions juridiques définies et sanctionnées par la loi.

Il serait plus indiqué, croyons-nous, de classer les domiciles en « domicile of origin », « domicile of choice » et « domicile of dependent persons ». Cette répartition fait mieux apparaître le caractère intrinsèque de chaque catégorie et tomber les critiques susvisées.

Comment déterminer le « domicile of origin » ? Cela dépend du statut de l'enfant. Le mineur, enfant légitime, né durant la vie de son père, a, comme domicile d'origine, le domicile du père au moment de la naissance¹. Le mineur, enfant illégitime ou posthume, a, comme domicile d'origine, le domicile de la mère au moment de la naissance. L'enfant trouvé a, comme domicile d'origine, le pays où il est né ou trouvé. La personne légitimée a, comme domicile d'origine, le domicile du père au moment de la naissance².

Le domicile d'origine est maintenu jusqu'à ce qu'un domicile de choix ait été constitué³. Le domicile de choix subsiste jusqu'au moment où un autre domicile

¹ DICEY, op. cit. 1, 2, 3, 4, p. 105 et ss; Udny c/Udny LRI Sc. App. 441.

² Il s'agit, bien entendu, de légitimation par acte spécial du Parlement, seul moyen prévu par la législation anglaise pour remédier à la bâtardise. GIRARDET, Légitimation des enfants naturels (thèse). Lausanne 1914, p. 24.

³ DICEY, 119; WESTLAKE, 335 et ss; FOOTE, Private International Jurisprudence, 11.

de choix a été acquis ou jusqu'au moment où le domicile d'origine se rétablit. Le domicile de choix ne peut cesser sans qu'un nouveau domicile de choix lui soit substitué. Dans ce cas, précisément, le domicile d'origine reparaît. Par contre, le domicile d'origine ne peut s'effacer que devant un domicile de choix constitué de toutes pièces.

Certains auteurs anglais soutiennent qu'en cas de perte du domicile de choix, le nouveau domicile de choix que la personne est en train d'acquérir est valable, sans que le domicile d'origine soit rentré en jeu au cours de la période intermédiaire. (Par exemple, lorsque la personne meurt entre temps)¹. Mais la plupart des auteurs sont d'avis qu'en tous cas, le domicile d'origine remplit le vide entre la période de cessation de l'existence et celle de l'acquisition du nouveau domicile. Cette règle, généralement applicable aux personnes indépendantes, subit, il est vrai, une dérogation au profit des personnes dépendantes. A est, par exemple, le fils mineur de B, dont le domicile d'origine se trouve en Angleterre. Au moment de la naissance de A, B est domicilié en Allemagne, de sorte que le domicile d'origine de A est en Allemagne. B quitte l'Allemagne définitivement pour se fixer en Amérique. B recouvre en conséquence, pendant son voyage, le domicile anglais. L'enfant mineur A partage alors ce domicile anglais. Son domicile d'origine allemand a pris fin de la sorte, bien qu'il n'ait pas encore acquis définitivement un nouveau domicile.

¹ WESTLAKE, 336, 337, § 260 (1-4).

III. DU DOMICILE DÉPENDANT

Remarques préliminaires.

Nous avons critiqué en passant l'opinion de certains auteurs qui considèrent le domicile légal ou nécessaire comme un domicile parallèle au domicile librement choisi, au domicile volontaire, qui serait d'une nature différente. C'est de cette conception erronée que provient l'appellation « domicile légal » ou « nécessaire ». Mais le domicile volontaire est aussi un domicile légal, car le domicile est une notion de droit et non de fait, ainsi que nous l'avons exposé au début de cette étude. C'est, au surplus, la loi qui fixe les conditions du domicile. Le domicile volontaire est aussi, dans une certaine mesure, un domicile nécessaire, en ce sens qu'il ne résulte pas de l'intention de la personne, mais qu'il s'acquiert nécessairement lorsque les diverses conditions prévues par la loi se trouvent réunies. Le domicile volontaire est encore un domicile nécessaire à un autre point de vue. D'après la plupart des législations, toute personne, même la personne indépendante, a nécessairement un domicile, qu'elle le veuille ou non.

Ces considérations nous ont engagé à dénommer le domicile volontaire « domicile indépendant ». Il forme une des catégories de l'institution du domicile. Nous appellerons l'autre, dont il est question dans ce chapitre « domicile dépendant ». Grâce à leur situation indépendante, certaines personnes, faisant usage de la liberté d'aller et venir, quittent leur domicile et en acquièrent un autre tour à tour, quand et où bon leur

semble. D'autres personnes, et c'est la grande majorité, n'ont pas cette faculté. Le domicile qui les régit est celui d'une tierce personne, vis-à-vis de laquelle elles se trouvent dans un rapport de puissance ou de service. Indépendamment de tout rapport de subordination, le domicile peut être assigné, à titre exceptionnel, par la loi à certains fonctionnaires publics au lieu même où doit s'exercer leur activité officielle.

Il y a lieu de distinguer, dans le domicile dépendant, la particularité suivante. En vertu de dispositions de droit impératif, les personnes sous puissance ou en service sont, en principe, assujetties à une double contrainte, l'une d'ordre matériel, la résidence que leur attribue le détenteur de la puissance ou l'employeur, l'autre juridique, le domicile, qui dépend du domicile respectif de ces derniers. Exceptionnellement, toutefois, il peut arriver que le domicile dépendant — soit, en quelque sorte, l'extériorisation juridique du rapport de puissance — ne coïncide pas avec la résidence, qui concrétise le caractère matériel de ce dernier, pour ainsi dire.

D'après sa nature et dans la conception des législateurs, le domicile dépendant est une disposition de droit impératif absolu et ne doit pas être considéré comme une présomption légale dont l'effet cesserait par suite de la manifestation d'une volonté contraire.

En droit allemand, certains auteurs paraissent admettre le droit, en faveur du père de famille, de constituer pour l'enfant un domicile distinct du sien propre¹. Cependant, cette faculté n'appert pas avec certi-

¹ STAUDINGER, N. 3a, b, ad. BGB, § 11; *Entscheid*, Bayr. Oberg. I, 412; le droit commun reconnaît incontestablement cette faculté, GLUCK, *Erl. z. Pand.* VI, 268, 278. En droit suisse, EGGER, N. 1. c ad. CCS, 25, défend le caractère non

tude de la loi (§ 11 BGB). Au profit des personnes militaires également, le principe de la pluralité de domicile paraît autoriser, en droit allemand, la constitution d'un domicile distinct du domicile dépendant¹.

1. Le domicile de la femme mariée.

a. Acquisition du domicile.

La femme mariée a, en principe, le domicile du mari, par le seul fait du mariage. C'est la conséquence, en particulier, de la puissance maritale et, en général, de la nature juridique du lien conjugal, telle qu'elle est communément envisagée par la législation de tous les Etats civilisés. Les époux partagent la vie commune et l'avis du mari est prédominant dans les questions intéressant la communauté. La vie commune consiste dans la communauté d'habitation et de ménage. Les dispositions légales qui règlent la vie conjugale s'appliquent sur la morale et sont d'ordre public strict. Aussi ne peut-on y déroger par contrat².

La Russie soviétique constitue une exception des plus marquées dans ce domaine, qui est régi par le Code de la Famille du 27 septembre 1921. Celui-ci présente une tendance innovatrice beaucoup plus accentuée que le Code civil russe lui-même, quant au mariage notamment. Cette institution est basée sur le principe de l'égalité absolue entre les conjoints. Aucune disposition spéciale n'existant sur le domicile particulier de la femme mariée et, d'autre part, le

impératif du domicile dépendant de la femme et des personnes sous tutelle; mais son interprétation semble être en contradiction avec les arrêts et la doctrine; HOLENSTEIN, 51, 53.

¹ STAUDINGER, N. IV, 2 z. BGB, § 9.

² ROSSEL et MENTHA, p. 165 et ss; STAUDINGER, Rem. 1. ad. BGB, § 10; EGGER, N. 2 ad. CCS, art. 25; Arrêts du TF 41, I, 1057; PLANIOL, I, 203, etc.

domicile dépendant n'étant applicable, à teneur du § 11 du CCR du 31 octobre 1922, qu'aux mineurs et aux personnes sous tutelle, il y a lieu d'admettre que la femme mariée est indépendante relativement à son domicile. Cette manière de voir est confirmée par la disposition du § 104 du Code Familial ¹, qui dispose que « le changement de résidence de l'un des époux ne crée pas pour l'autre l'obligation de le suivre ». Le Code familial russe semble organiser l'expérimentation intégrale du programme féministe, en faisant du mariage une union des cœurs et des âmes, mais non plus des patrimoines, en refusant au mari le droit d'imposer à sa femme, non seulement sa résidence, c'est-à-dire, en fait, son domicile (§ 104), mais aussi son nom (§ 100, 101), et même sa nationalité (§ 103). Le code russe pousse la hardiesse jusqu'à assimiler presque le mariage à un simple contrat soumis à la loi des parties. En effet, d'après le § 87 du Code familial russe, le mariage soviétique peut, en tout temps, être rompu sur le désir de l'un des conjoints, sans qu'il soit obligé d'alléguer des motifs déterminés ou d'administrer certaines preuves.

Le principe que « la femme mariée partage le domicile de son mari » est strictement appliqué en droit anglais ². Elle a le même domicile que son mari, même si, pour ce dernier, il y a abus dans le choix du domicile. L'abus a pour seule conséquence d'autoriser la femme à ne pas suivre le mari au domicile abusivement choisi. Dans ce cas, elle n'est donc pas soumise à une cohabitation forcée, d'autant moins que le domicile de son mari cesse d'être déterminant pour elle. Il en est de même en droit allemand, mais seulement en

¹ G. PATOUILLET et R. DUFOUR, p. 38 et ss.

² DICEY, 132; WESTLAKE, 325; PHILLIMORE, 61; HALSBURY, 192.

tant que le nouveau domicile se trouve dans le pays. (BGB § 10, 1353, 1361). Si le mari constitue abusivement un domicile à l'étranger, la femme est libérée de la cohabitation; en d'autres termes, elle n'est pas obligée de suivre son mari et peut se créer un domicile indépendant dans le Reich¹. Cette exception est inconnue en droit anglais.

Dans la doctrine française et dans celle des autres droits néo-latins, ces cas, à la vérité exceptionnels, ne sont pas discutés, bien que, comme nous le verrons ci-après, la disposition de l'art. 108 du CC Fr. « la femme mariée n'a point d'autre domicile que celui de son mari » subisse quelques dérogations dans la pratique. Une disposition intéressante du CC espagnol donne aux tribunaux la faculté de libérer la femme mariée de l'obligation de suivre son mari lorsque ce dernier transfère son domicile au-delà des mers ou à l'étranger (§ 58). En droit portugais, la femme mariée peut constituer un domicile indépendant lorsqu'elle ne veut pas suivre son mari condamné à la déportation (CC Port. art. 53).

Les cas sus-visés ne sont pas discutés au sein de la doctrine suisse. Cela n'aurait aucune utilité pratique du reste, étant donné les droits relativement étendus que la législation suisse accorde à la femme mariée en matière de séparation de corps. (CCS 145, 146, 147, 169, 170). En cas de changement abusif de domicile, la femme mariée peut refuser de suivre son mari, en s'appuyant sur l'art. 2, II, du CCS relatif à l'abus des droits et prendre une demeure séparée, en invoquant l'art. 170, I, du CCS, sans être obligée d'obtenir préalablement du juge l'autorisation de vivre séparée².

¹ STAUDINGER, Komm. 5 et 7, § 10 BGB; OERTMANN, Komm. p. 35; RGE, 5-165; 17-386; 15-190.

² HAFTER, art. 25, N. 6; EGGER, N. 2 b ad. art. 25; CURTI, N. 11 ad. art. 25; Arrêts TF 41, I, 298; 42, I, 957.

Le domicile dépendant de la femme mariée commence dès et par la conclusion du mariage. Le domicile du mari devient le domicile de la femme aussitôt que le mariage est un fait accompli. En d'autres termes, la transmission du domicile s'opère au moment même de la conclusion du mariage. Si, antérieurement au mariage, la femme avait déjà un domicile indépendant au même lieu que son futur conjoint, ce domicile cesse d'être indépendant pour devenir dépendant. D'après les législations du système allemand, la femme mariée partage la pluralité de domicile de son mari. Qu'en est-il du cas possible, en droit allemand, de l'absence de domicile pour le mari, lors de la conclusion du mariage ou pendant le mariage ? Dans ce cas, la femme mariée peut avoir un domicile indépendant, d'après le § 10, II du BGB. Les législations qui admettent le système de l'unité de domicile ne connaissent pas ce cas. Par exemple, A est femme mariée de l'Anglais B, dont le domicile d'origine est en Angleterre, mais qui est domicilié en Allemagne. La femme A partage le domicile allemand du mari. Si B quitte définitivement l'Allemagne pour l'Amérique, le domicile d'origine anglais revit dès la traversée. La femme A partage, dès lors, le nouveau domicile anglais du mari. En droit suisse, la femme dont le mari n'a pas de domicile connu, peut se créer un domicile personnel (art. 25, II, CCS). Tant que le mari a un domicile connu, ce domicile est déterminant pour la femme, même si les rapports du mari avec le lieu effectif du domicile n'existent plus. Si, seul, le lieu de la résidence du mari est connu, la fiction prévue et d'après laquelle la résidence tient lieu de domicile (art. 25, II) ne s'applique pas à la femme. D'après l'art. 25, II du CCS, celle-ci peut se constituer un domicile indépendant ¹.

¹ HOLENSTEIN, 92; contra Hafter N. 4. ad. art. 25.

En droit français, ne constitue pas un domicile proprement dit l'acquisition d'un domicile particulier distinct de celui du mari comme conséquence de l'autorisation accordée à la femme de faire le commerce ¹. Ce domicile sert uniquement de centre pour les opérations commerciales de la femme. Cette dernière conserve comme domicile principal le domicile conjugal, qui continue à lui servir comme tel pour toutes les affaires étrangères à son activité commerciale.

La femme a toujours le domicile du mari, en principe, que ce domicile soit indépendant ou exceptionnellement dépendant ². La femme de l'interdit partage-t-elle aussi son domicile ? Cette question est controversée dans la doctrine française. Certains auteurs, interprétant à la lettre la disposition de l'art. 108 du CC Fr. se prononcent affirmativement ³ et d'autres négativement. Ces derniers allèguent que l'interdiction entraîne la déchéance de la puissance maritale et estiment, dès lors, que la femme, surtout si elle administre elle-même ses biens, peut être autorisée à avoir un domicile autre que celui de son mari ⁴. Nous ne partageons pas cette manière de voir. La puissance maritale, en effet, dans la mesure où elle est sanctionnée par les législations modernes, est un droit éminemment personnel, qui peut être, à la rigueur, limité par l'interdiction, mais non supprimé. Aussi, inclinons-nous à penser que dans le cas qui nous occupe, le domicile de la femme sera également chez le tuteur de son mari, quelque singulière que soit, à première vue, cette solution. Au surplus, l'autorité

¹ Cass. 14 juin 1882, D. 83, 1, 281 ; S. 84, 1, 257 ; PLANIOL, I, N° 579 ; COLIN et CAPITANT, I, 427.

² ESCHER, a.a. O. 87 ; HAFTER, N. 9 art. 25.

³ DEMOLOMBE, Cours de Code Napoléon I, 363 ; AUBRY et RAU, I, § 142.

⁴ PLANIOL, I, 205 ; LAURENT, I, 307.

prononçant l'interdiction, consciente de ses devoirs, aura soin d'approprier sa décision à chaque cas, de manière à éviter toute possibilité de conflit. Qui sait si, se conformant à cette ligne de conduite, il ne lui arrivera pas de nommer la femme en qualité de tutrice de son mari. On aboutirait ainsi à un curieux renversement de la situation naturelle, le domicile de la femme déterminant le domicile du mari.

b. Cessation du domicile.

Le domicile dépendant de la femme mariée prend fin à la rupture du mariage, qui peut être causée par le divorce ou par la mort du mari. La séparation de corps délie les époux de l'obligation d'habiter ensemble, aux termes de la loi française du 6 février 1893, qui a ajouté à l'art. 108 du CC Fr. un alinéa ainsi conçu : « La femme séparée de corps cesse d'avoir pour domicile légal le domicile de son mari¹ ». La femme séparée peut ainsi se choisir une résidence séparée qui est un véritable domicile distinct de celui de son mari. Elle cesse donc d'avoir pour domicile légal le domicile de son mari. Néanmoins, toute signification faite à la femme séparée, en matière de questions d'état, devra également être adressée au mari, à peine de nullité. La plupart des droits néo-latins renferment des dispositions analogues. En droit allemand aussi, d'après la plupart des auteurs, la séparation de corps entraîne, pour la femme, la suppression de son domicile dépendant. Le droit positif confère à la séparation de corps les mêmes effets qu'au divorce². En droit anglais, il y a controverse sur la question de savoir si la « judicial separation », qui correspond à la sépa-

¹ PLANIOL, I, 204; LAURENT, I, 295.

² VON BAR, Int. PR 157; KOHLER, Lehrbuch d. BR 274; OERTMANN, 34; PLANCK, 73.

ration de corps des lois continentales, autorise la femme mariée à acquérir un domicile indépendant. La doctrine dominante opte pour l'affirmative¹. Mais une simple séparation de fait n'engendre pas cet effet, même si le mari ne pouvait tenter avec succès une action en reprise de la vie commune².

La législation suisse octroie très libéralement à la femme mariée la possibilité de fonder un domicile indépendant. Elle peut s'en créer un, non seulement à la suite d'un jugement déclaratif de séparation de corps (CCS 146-147), mais aussi sur la base de l'art. 170, I, « lorsque la santé, la réputation ou la prospérité des affaires de la femme mariée sont gravement menacées par la vie en commun ». Ainsi que nous l'avons relevé antérieurement, une décision judiciaire préalable n'est pas nécessaire, dans ce second cas non plus; l'existence des motifs indiqués par la loi suffit³. Les cas dans lesquels le juge peut prononcer la séparation de corps sont nombreux en droit suisse (CCS 170, II, 145, 169 II).

À propos des cas ci-dessus envisagés, où le domicile de la femme mariée semble prendre fin, une controverse a surgi sur la question de savoir si le domicile de la femme mariée, dépendant jusqu'ici, subsiste ou non comme indépendant. La doctrine allemande soutient que le dit domicile dépendant cesse en même temps qu'est supprimée la cause qui l'a fait naître, mais qu'il n'existe pas, en revanche, de disposition d'après laquelle le domicile dépendant devient indépendant. En droit allemand, le principe doit être admis que la rupture du mariage n'entraîne pas ipso

¹ WESTLAKE, 325; PHILLIMORE, 63; DICEY (traduction française), I, 173.

² SCHIRRMESTER, I, 27.

³ Arrêts TF 41, I, 298 et ss; 304 et ss, 459 et ss; 42, II, 95, 143.

jure l'absence de domicile pour la femme ; selon l'interprétation du § 7, III du BGB, le domicile est réputé subsister, même après la disparition de certains de ses éléments constitutifs, jusqu'à ce qu'il soit effectivement supprimé au sens et avec l'effet juridique impliqué par cette disposition ¹. En droit anglais, le même principe est appliqué, de telle sorte que le domicile d'origine ne revit pas ².

En droit suisse, à teneur de l'art. 24, al. 1, du CCS, « toute personne conserve son domicile aussi longtemps qu'elle ne s'en est pas créé un nouveau ». Une simple résidence de la femme mariée dans un autre lieu que le domicile du mari ne modifie donc pas, même après le divorce ou la séparation de corps, le domicile constitué par le mariage.

Les questions que nous venons de traiter ne sont pas discutées dans la doctrine française. Il y a lieu d'admettre que, lorsque les cas qu'elles visent se produisent, on applique les principes généraux.

Il ressort de ce qui précède que la détermination du domicile de la femme mariée soulève des difficultés uniquement en raison de l'application rigoureuse du principe artificiel que le domicile du mari fait règle pour la femme mariée aussi. Ce principe est basé sur la puissance maritale, que toutes les législations modernes, à l'exception toutefois des Codes soviétiques, reconnaissent sinon expressément, du moins implicitement, sous une forme plus ou moins marquée ³.

¹ ZITTELMANN, Allg. T. d. BGB, p. 48 ; MATHIAS, Lehrbuch des BR, 102.

² DICEY, 102, 4 ; 135, 11 ; SCHIRRMEISTER, 28.

³ EGGER, N. 2 ad. CCS 25, le conteste en droit suisse et invoque à l'appui de son opinion les « Verkehrsverhältnisse ». Mais le droit suisse reconnaît expressément le mari en qualité de chef de l'union conjugale (CCS 160) et de représentant de celle-ci (CCS 162). La femme mariée a besoin de

Toutefois, ce principe n'est pratiquement applicable que si la femme n'est pas autorisée à vivre séparée de son mari. Par l'effet de la séparation de corps, la prépondérance du domicile du mari sur celui de la femme devient sans objet et, en bonne logique, devrait prendre fin.

Au surplus, la sécurité des affaires commande que l'autorisation pour la femme mariée de vivre séparée fasse l'objet d'une décision judiciaire, de telle sorte que le domicile indépendant ne puisse être acquis qu'en exécution de celle-ci. En effet, une simple séparation de fait maintiendrait les tiers de bonne foi dans une ignorance complète sur l'état réel des rapports entre époux et, par là, leur compliquerait singulièrement la détermination du domicile de la femme. Or, un grand intérêt, à la fois juridique et pratique, s'attache à ce que les conditions du domicile soient évidentes, précisément pour les tiers qui font le commerce.

son consentement pour exercer une profession ou une industrie (CCS 167). C'est la volonté du mari qui décide, à défaut d'entente, sur l'exercice de la puissance paternelle (CCS 274). En outre, les droits de la femme, dans l'administration des biens sont limités au profit du mari (CCS 200-216). La preuve nous paraît ainsi administrée de l'existence d'un rapport de puissance sous une forme très atténuée, il est vrai. Si le doute devait encore subsister sur le point de savoir si la détermination du domicile par le mari est une conséquence de la puissance maritale, le titre marginal de l'art. 25 du CCS (texte allemand) « Wohnsitz der nicht selbständigen Personen » dissiperait toute équivoque à cet égard. Cet article traite conjointement du domicile de la femme mariée, des enfants et des personnes sous tutelle. Ne sont-ce pas là des preuves de plus, et combien concluantes, que le législateur considère expressément la femme mariée comme une personne sous puissance ?

2. Le domicile des enfants.

On peut dire que les législations modernes se divisent en deux groupes principaux quant au domicile des enfants : l'un fait dépendre le domicile de ceux-ci de l'existence du rapport de puissance entre parents et enfants ; pour l'autre groupe, le fondement juridique de cette subordination repose, non pas sur ladite puissance, mais sur la minorité prise en elle-même, quelle que soit la personne qui détienne et exerce la puissance en question.

Se rattachent au premier groupe, la Suisse, le Portugal et, ce qui peut paraître étonnant, la Russie soviétique. A teneur de l'art. 25, 1^{er} al. du CCS est considéré comme domicile des enfants sous puissance paternelle, celui des père et mère. Le CC de la Russie soviétique a une disposition analogue, mais plus générale, à son § 11, II : « Est considéré comme le domicile des mineurs, ou des personnes sous tutelle, le domicile de leurs représentants légaux (parents ou tuteur) ». Le CC Portugais dispose ce qui suit, à son art. 47 : « Les mineurs non émancipés ont pour domicile celui des père ou mère à l'autorité duquel ou de laquelle ils sont soumis et, à défaut de père et mère, ou en cas d'empêchement légal de l'un ou de l'autre, celui de leur tuteur ». En droit suisse, la puissance paternelle appartient, en thèse générale, aux père et mère pendant la durée du mariage (§ 273-289 du CCS). Il en est de même en droit portugais (art. 137) et en droit soviétique (CC Sov. § 151). Mais, en droit suisse et portugais, à défaut d'entente, le père décide (CCS 274, I ; CC Port. 138) et son domicile détermine aussi bien celui de la femme mariée que celui des enfants légitimes. En droit soviétique, les père et mère se trouvent sur un pied d'égalité. En effet, le Code soviétique consacre, comme nous l'avons relevé au

chapitre précédent, le principe de l'égalité absolue entre les époux. Ce principe est appliqué rigoureusement non seulement dans la conduite des relations conjugales, de ceux-ci, mais aussi dans le gouvernement de leurs enfants mineurs (§ 148-151), en ce que ledit Code substitue, en quelque sorte, à la puissance paternelle proprement dite les droits des « père et mère » (§ 149-158), qui appartiennent indivisément aux deux auteurs; l'appel à l'intervention du juge est expressément réservé pour les cas de désaccord (§ 152)¹.

En Suisse, lorsque l'un des époux est déchu de la puissance paternelle (art. 285 du CCS), le domicile des enfants se détermine d'après le domicile de celui des parents qui a conservé la puissance. Si c'est la femme et si elle n'est pas autorisée à vivre séparée de son mari, c'est le domicile du mari qui est indirectement déterminant pour celui des enfants, malgré la déchéance du père².

En cas de mort de l'un des conjoints, la puissance paternelle appartient au survivant, en cas de divorce, à celui auquel les enfants ont été attribués (CCS 274, III; Code port. 155). En cas de jugement en séparation de corps, le tribunal décide auquel des père et mère les enfants doivent être attribués. (art. 145). Le domicile des enfants se détermine d'après le domicile de l'auteur auquel ils sont attribués. Lorsque la séparation des époux ne repose pas sur une décision judiciaire et que la femme, par exemple, cesse la vie commune et prend avec elle les enfants, en vertu de l'art. 170, I, du CCS, il y a lieu d'admettre que le domicile des enfants se détermine d'après le domicile de la mère, en tant qu'elle était vraiment en droit de faire cesser la vie commune. En droit soviétique,

¹ HOLENSTEIN, 103.

² J. PATOUILLET, et R. DUFOUR, p. 38 et ss.

c'est aux parents à s'entendre sur le point de savoir lequel des deux prendra les enfants; à défaut d'entente, le tribunal décide (CC Sov. § 158).

Les enfants adoptifs sont assimilés aux enfants légitimes (CCS 268, II) ¹.

Le domicile de l'enfant naturel dépend de l'attribution de ce dernier, par l'autorité de tutelle, à la puissance paternelle de la mère ou à un tuteur (CCS 311, II, 324, III, 325 III). La Russie soviétique ne fait aucune distinction entre enfants légitimes et enfants illégitimes ². En effet, une des principales caractéristiques de sa législation consiste précisément à installer la famille naturelle sur le même pied que la famille légitime. Le chapitre II du Code Familial, relatif aux droits et devoirs respectifs des parents et des enfants, sans le disposer expressément, implique le domicile de l'enfant mineur auprès de ses père et mère. Quant à l'enfant sous tutelle, il paraît partager le domicile du tuteur, aux termes du § 225, ainsi conçu: « Le tuteur est tenu de garder près de lui le non-majeur en tutelle et en droit de réclamer sa restitution à toute personne qui le retiendrait chez elle autrement qu'en vertu d'une disposition de la loi ou d'une décision du tribunal ». La tutelle n'est instituée que pour les enfants qui sont privés de la garde des parents ou de l'un d'eux (§ 198). En droit portugais, l'enfant naturel n'est pas sous puissance paternelle, mais sous tutelle (art. 167).

La déchéance de la puissance paternelle a, entre autres, pour effet de mettre fin au domicile dépendant

¹ La Russie soviétique interdit l'adoption (Code Familial, § 183). Toutefois, un projet de décret institue le rétablissement de l'adoption, FREUND, *Zivilrecht Sowjetrusslands*, 1924, p. 88, N. 2.

² Code Familial, § 133; J. PATOUILLET et R. DUFOUR, p. 39 et ss.

de l'enfant mineur. On peut se demander où se trouve, dès lors, le domicile de ce dernier jusqu'à ce qu'il soit pourvu d'un tuteur. Les législations ne renferment pas de disposition expresse sur ce point. C'est une lacune, croyons-nous. Dans le silence de la loi, on se voit obligé d'appliquer les principes généraux et de déterminer le domicile de l'enfant comme celui d'une personne indépendante ¹.

Les législations du second groupe, qui ne font pas dépendre le domicile des enfants de la puissance paternelle, se subdivisent en deux catégories, dont l'une, où le domicile des deux auteurs influe sur le domicile de l'enfant, et l'autre, où seul fait règle, à cet égard, le domicile du père.

L'Allemagne rentre dans cette dernière catégorie. Elle n'a été suivie par aucun autre Etat jusqu'ici, à notre connaissance. Sur ce point, l'Allemagne semble s'être inspirée du droit commun ². Un enfant légitime partage le domicile de son père, même si ce dernier n'exerce pas la puissance paternelle (BGB § 11). De même, lorsque le père, abandonnant les enfants, crée un nouveau domicile, ceux-ci le partagent. L'enfant est sans domicile lorsque le père, lors de la naissance de cet enfant, n'a pas lui-même de domicile et n'en acquiert pas un par la suite. Est également sans domicile l'enfant né après la mort du père ³. En droit allemand, l'enfant peut, avec la volonté du père, constituer un domicile dans un autre lieu que celui du domicile paternel ⁴. Une fois acquis par l'enfant,

¹ Contra Kaufmann, Jurist. Ztg. 15, 209; dans notre sens HOLENSTEIN, 106.

² SAVIGNY, System VIII, 62; DERNBURG, Pand. I, § 46.

³ STAUDINGER, N. 2 ad. BGB, § 11; CASPARI, 31; OERTMANN, 37, 38; PLANCK, Rem. 4 ad. § 11, BGB.

⁴ OERTMANN, 37; STUBEL (Im sächs. Archiv für BR R. IX, 1899), 564.

le domicile dépendant se conserve, que le père devienne sans domicile par la suite, meure ou soit déclaré absent. En cas de remariage de la femme, à la suite de la dissolution d'une première union, l'enfant est censé être, à teneur du § 1600 du BGB issu du premier mari s'il est né dans les 270 jours à compter du jour de la dissolution du premier mariage; s'il est né après ces 270 jours, il est réputé être l'enfant du second mari. Dans le premier cas, l'enfant acquerra le domicile du premier mari, dans le second, celui du deuxième mari.

Les enfants légitimés ou adoptifs sont assimilés à l'enfant légitime (BGB § 1719, 1736, 1757). La légitimation ou l'adoption intervenant après la majorité de l'enfant n'a aucune influence sur le domicile de celui-ci (BGB § 11, II).

Les enfants naturels partagent le domicile de la mère, avec les mêmes conséquences et modalités que celles prévues pour les enfants légitimes quant au domicile du père. Le BGB ne contient aucune disposition sur les enfants trouvés. D'après la « Gesetz über freiwillige Rechtspflege », § 36, le tribunal compétent pour la nomination de la tutelle est celui dans l'arrondissement duquel l'enfant a été trouvé.

La seconde catégorie envisagée a ceci de commun avec le système allemand qu'elle ne se base pas non plus sur l'existence de la puissance paternelle. En revanche, elle en diffère en ce que le domicile du père n'est déterminant pour celui de l'enfant qu'en tant et aussi longtemps que le père vit. Après la mort de ce dernier, le domicile de la mère survivante fait règle, ou, à défaut, celui du tuteur. Toutefois, on ne procède pas à la détermination successive du domicile d'une manière uniforme, dans toutes les législations de cette catégorie. Le droit français se rapproche le plus du groupe allemand. L'enfant légitime non éman-

cipé a son domicile chez ses père et mère ou chez son tuteur (art. 108, I). D'une manière plus précise, tant que les père et mère vivent, l'enfant a pour domicile leur domicile commun, qui est celui du père. Après la mort de l'un d'eux, le domicile du mineur est chez le tuteur. Ordinairement, c'est le survivant des père et mère qui a la tutelle ; dans ce cas, l'enfant ne change pas de domicile. Mais la tutelle peut être conférée à une autre personne et cela se produit assez fréquemment quand c'est la mère qui survit, car elle a le droit de décliner cette charge. Dans ce cas, le domicile de l'enfant sera chez son tuteur, même si l'enfant continue à habiter chez sa mère¹. Ainsi la résidence de l'enfant se trouvera distincte de celle de son tuteur, disjonction d'autant plus singulière que la mère survivante conservera la puissance paternelle ainsi que le droit de garde (art. 372). Le Code Napoléon ne statue pas sur le domicile de l'enfant naturel. Dès lors, on doit admettre qu'il n'existe pas, pour l'enfant naturel, de domicile légal ; il est domicilié à l'endroit où se trouve son principal établissement, c'est-à-dire chez la personne qui prend soin de lui ou chez son tuteur². Si l'enfant a été placé dans un hospice ou s'il a été recueilli par une personne charitable, il aura son domicile à l'hospice ou chez la personne qui l'élève, car l'une et l'autre font fonction de tuteur. Au surplus, la loi du 2 juillet 1907, qui a organisé sur de nouvelles bases la protection et la tutelle des enfants naturels, n'a pas non plus statué sur la question de leur domicile.

Le droit français n'accorde pas, ipso jure à la mère survivante la puissance paternelle ; il ne reconnaît pas même cette puissance au père, en cas de pré-décès

¹ PLANIOL, I, 202 ; COLIN et CAPITANT, I, 423.

² PLANIOL, I, 202/3 ; AUBRY et RAU, I, 581.

de la mère. Le code hollandais seul, en cela, suit le droit français. Il admet qu'il y a lieu à l'ouverture de la tutelle, dès la dissolution du mariage (art. 400). Par contre, les autres droits néo-latins, appliquant jusque dans ses dernières conséquences le principe que la puissance paternelle appartient conjointement aux père et mère, attribuent ipso jure à la mère, après la mort du père, la puissance paternelle et, par voie de conséquence, à l'enfant, le domicile de la mère.

Le principe de la dévolution successive du domicile suscite des controverses en droit anglo-nord-américain. Un enfant mineur légitime partage le domicile du père, du vivant de ce dernier. Si le père est décédé, l'enfant partage le domicile de sa mère, lorsqu'il vit avec elle. Il en est de même pour l'enfant naturel. Si les père et mère sont décédés, l'enfant mineur garde le dernier domicile des père et mère qui est mort en dernier lieu¹. D'autres auteurs donnent à l'enfant mineur demeuré orphelin le domicile du tuteur². Cette opinion ne laisse pas d'être combattue; Dicey même, qui la soutient, ne dissimule pas que si les tribunaux étaient appelés à trancher la question, ils décideraient fort probablement que le tuteur ne peut pas modifier le domicile de son pupille³.

En aucun cas le mineur ne peut, d'après le droit anglais, constituer un domicile indépendant, pas même s'il se marie⁴. S'il ne dépend d'aucune personne ayant sur lui la puissance (person on whom the minor is legally dependent), il conserve le domicile qu'il avait au moment de la mort du dernier détenteur de la

¹ SCHIRMEISTER, I, 29 et ss.

² DICEY, *Conflicts of Laws*, 123/124.

³ WESTLAKE, *Private Int. Law*, 300.

⁴ DICEY, *Conflicts of Laws*, 128; WESTLAKE, *Priv. Int. Law*, 300; Sharpe c. Crispin, LR, I, 611-621.

puissance. Le mineur partage le domicile de la mère, après la mort du père, lorsqu'il vit avec elle, mais seulement jusqu'au moment du remariage de celle-ci. A partir de ce moment, le domicile du mineur cesse d'être déterminé par le domicile de la mère, domicile qui, à son tour, dépend de celui du nouveau mari ¹.

Aucun des principes consacrés, en cette matière, par les diverses législations, ne nous donne entière satisfaction. Toutefois, le système suisse, où la dépendance du domicile tend à concorder, en principe, avec l'existence du rapport de puissance, semble juste. Il est, en effet, à la fois illogique et artificiel de conférer au domicile des parents un caractère déterminant, quand bien même ils sont déchus de la puissance paternelle et que la garde de l'enfant leur est retirée. La prépondérance du domicile des parents est encore moins compréhensible lorsque ceux-ci ou le conjoint survivant acquièrent un nouveau domicile à la suite de l'abandon de l'enfant. Mais, la pratique suisse, elle aussi, n'est pas sans lacunes. Une foule de cas doivent être réglés, tant bien que mal, par analogie.

En réglementant le domicile des mineurs d'après le domicile du représentant légal comme tel, la Russie soviétique nous paraît avoir adopté la solution la plus satisfaisante. Le principe est, à la fois, simple et concis. C'est le titulaire de la représentation légale qui détermine le domicile. Du vivant des père et mère, ces derniers sont, dans la règle, les représentants légaux. Dans les législations autres que celle de la Russie, la volonté du père décide en cas de désaccord et, sa volonté faisant règle pour la femme, est déterminante aussi, à plus forte raison, pour l'enfant. A la

¹ Arrêts nord-américains *Ryall c. Kennedy*, New-York, Sup. Court Rep., vol. 40, p. 347 et ss; *Brown c. Linch*, Bradford, Surrogate Reports II, 214.

mort du père, la mère survivante obtient la représentation légale et son domicile est déterminant. D'après les législations qui prescrivent la tutelle en cas de mort de l'un des auteurs, le tuteur devient représentant légal; en conséquence, son domicile détermine celui de l'enfant dont la tutelle lui est confiée. En cas de remariage de l'un des époux, la question du domicile de l'enfant sera tranchée différemment suivant que la législation institue ou non la tutelle. En cas de tutelle, le domicile de l'enfant changera éventuellement; dans la négative, il restera le même.

La solution du droit russe a aussi pour elle l'avantage de la clarté, car il sera toujours aisé de reconnaître le représentant légal. Aux fins d'éviter la possibilité de malentendus, on pourrait encore disposer, pour les cas où la désignation d'un nouveau représentant légal doit avoir lieu, que le domicile de l'enfant mineur demeure le même jusqu'à ce qu'il soit procédé à cette mesure.

Nous verrons au paragraphe suivant s'il vaut mieux, pratiquement, déterminer le domicile de la personne sous tutelle d'après le domicile du tuteur ou d'après le siège de l'autorité de tutelle.

3. Le domicile des personnes sous tutelle.

En ce qui concerne le domicile des personnes sous tutelle, on peut distinguer trois systèmes parmi les législations modernes. Dans le premier, la tutelle n'emporte pas, à vrai dire, mutation du domicile en domicile dépendant pour la personne sous tutelle. En revanche, quant aux autres législations qui confèrent au domicile de la personne sous tutelle un caractère dépendant, chez les unes, le domicile du tuteur

fait règle, chez les autres, c'est, au contraire, le siège de l'autorité tutélaire.

Au nombre des pays qui ne connaissent pas le domicile dépendant pour les personnes sous tutelle, on doit ranger l'Allemagne et l'Angleterre. En droit allemand, la tutelle n'a aucun effet, en principe, sur le domicile de la personne sous tutelle. Elle le laisse tel quel. En d'autres termes, le domicile de la personne sous tutelle conserve son caractère indépendant et le changement demeure, comme par le passé, régi par les principes généraux. La personne sous tutelle peut, en droit allemand, faire cesser son domicile et en fonder un nouveau, mais, à cet effet, le concours de son tuteur est nécessaire. Pour que ce changement ait des effets, la volonté du tuteur doit, pour ainsi dire, compléter celle de la personne privée de la capacité d'agir ou à capacité d'agir limitée¹. Lorsque la personne sous tutelle est tout à fait incapable d'agir, il est loisible au tuteur (BGB § 1631, 1793, 1800, 1915), en cas de besoin, de provoquer de lui-même un changement de résidence de son pupille, changement qui aura, dans la suite, pour conséquence de créer à ce dernier un nouveau domicile, suivant les principes généraux. Mais, au début, il ne s'agit, en fait, que d'un changement de résidence², qui n'a rien de commun avec un domicile dépendant.

En droit anglais, le domicile dépendant des personnes sous tutelle est une notion combattue. La jurisprudence n'est pas encore constante. Les tribunaux anglais se placent à ce point de vue caractéristique que le changement de domicile de la personne sous

¹ STAUDINGER, Rem. 1. ad. BGB, § 8; MANIGK, 678; ENNECERUSS, I, § 128.

² OERTMANN, Rem. 26 ad. BGB, § 8; STAUDINGER, Rem. 3 ad. BGB, § 8.

tutelle ne peut être le fait du tuteur que dans le cas où l'acquisition du nouveau domicile est commandée par des raisons judiciaires ¹.

Dans le deuxième groupe, représenté par la Suisse, le domicile dépendant de la personne sous tutelle est constitué par le siège de l'autorité de tutelle et non par le domicile du tuteur (CCS, 25. I). La législation suisse connaît, en outre, la tutelle de famille, institution dans laquelle l'autorité tutélaire est remplacée par un conseil de famille (CCS 362, II). Le siège de ce conseil détermine le domicile du pupille. Le pupille ne peut changer de domicile qu'avec le consentement de l'autorité tutélaire. Si le changement a eu lieu, la tutelle passe au nouveau domicile (art. 377, I, II, du CCS) ². Cette disposition a donné lieu à de nombreuses controverses. Si la personne sous tutelle fonde un nouveau domicile avec le consentement de l'autorité tutélaire, le domicile ainsi constitué est-il un domicile indépendant et non plus dépendant, comme le prévoit l'art. 25, I, du CCS ? Pour résoudre cette contradiction, il faut, croyons-nous, admettre que l'ancien domicile dépendant de la personne sous tutelle subsiste tel quel tant que l'autorité tutélaire n'assume pas la tutelle au nouveau domicile ³.

Les législations du troisième système, soit les législations latines et néo-latines, y compris la Russie soviétique, attribuent au domicile du tuteur un rôle déterminant pour le domicile de la personne sous tutelle (CC Fr. 108, belge 108, ital. 18, port. 47-49, holl. 78, chilien 71-72, mexic. 30-32).

¹ DICEY, 129.

² ROSSEL et MENTHA, I, 425; EGGER, ad. CCS, 377; CURTI, ad CCS, 377; ESCHER, 142; HAFTER, N. 17 ad. CCS 21; HOLENSTEIN, 108 et ss.

³ Arrêt TF, 30/I, 700.

Les règles ci-dessus examinées donnent lieu aux observations suivantes :

Les droits allemands et anglais n'ont pas raison, semble-t-il, de faire une différence, relativement au domicile, entre le mineur et la personne sous tutelle. En droit anglais, on distingue les « independent » et les « dependent persons ». Sont considérés comme « dependent persons », la femme mariée, les mineurs et les personnes sous tutelle. Le motif est le même. Toutes ces personnes sont subordonnées à une personne qui exerce sur elles une certaine puissance ; elles ne sont pas sous tous les rapports personae sui juris. En droit allemand, sont placés uniformément sous tutelle, tant certains mineurs sans parents que les majeurs interdits (BGB § 173, 1773, 1896). La raison pour laquelle les mineurs pourvus d'un tuteur devraient être traités, quant au domicile, différemment que les mineurs ayant encore leurs parents, c'est que tous les enfants mineurs, même s'ils sont sous tutelle, partagent, dans la règle, la vie commune avec leurs auteurs et non avec leur tuteur. Mais, ainsi que nous l'avons vu, le domicile des parents détermine celui des enfants, en droit allemand, même lorsque les parents, après les avoir abandonnés, habitent ailleurs. Or, si ce n'est pas eu égard à la vie commune, on ne saurait comprendre pourquoi des enfants qui ont des parents doivent être traités, quant au domicile, autrement que des enfants sans parents et pourvus d'un tuteur. C'est le rapport de subordination qui constitue le fondement du domicile dépendant. Ce principe s'applique uniformément, aussi bien aux enfants qui ont des parents qu'aux enfants placés sous tutelle.

Dès lors, il n'y a pas lieu de s'étonner trop que le système allemand n'ait pas été suivi.

En droit anglais, la question n'est pas du tout élucidée. En tous cas, il est recommandable, à la fois au point de vue juridique et au point de vue économico-social, de ne faire aucune différence, en ce qui concerne le domicile dépendant, entre enfants qui ont leurs parents et enfants qui sont mis sous tutelle.

La question de savoir où le domicile dépendant doit être considéré comme existant est tranchée d'une manière spéciale par la seule législation suisse, à savoir au siège de l'autorité tutélaire (art. 25 du CCS). Le législateur a donné la préférence à cette solution parce qu'elle assure au domicile une plus grande stabilité et en facilite la détermination, tandis que le domicile du tuteur offre généralement plus de mobilité et, partant, est plus difficilement identifiable¹. Cette solution est cependant loin d'être idéale. L'avantage de la stabilité ne va pas sans certains inconvénients, qui la font payer cher. Par le transfert du domicile du pupille au siège de l'autorité de tutelle, le domicile est, dans la plupart des cas, séparé et éloigné artificiellement du centre effectif de l'existence du mineur. Le domicile ainsi créé peut être à plus ou moins grande distance du lieu d'habitation de fait de la personne sous tutelle, tout spécialement en Suisse, où, d'après l'art. 376, II du CCS, les cantons peuvent confier cette charge à la commune d'origine. A l'intérieur du canton, il n'est pas question, il est vrai, dans les cas de ce genre, de changement de domicile, mais il s'agit uniquement du changement de résidence de fait de la personne sous tutelle. De plus, un transfert si artificiel de compétence à des tribunaux, des autorités, etc., sis plus ou moins loin

¹ C'était déjà le principe de la loi fédérale sur l'établissement et le séjour (art. 4, IIIc); cfr. aussi EGGER, N. 4b ad. CCS, 25; Arrêt TF 30, I, 701; HOLENSTEIN, 108.

du centre des intérêts généraux, de la personne sous tutelle, ne paraît guère de nature à favoriser la sauvegarde de ceux-ci et encore moins celle des tiers qui sont entrés en rapports juridiques avec le pupille. Aussi, le droit suisse a-t-il admis des exceptions à cette règle, notamment en matière de poursuite pour dettes, où la personne sous tutelle est réputée partager le domicile du tuteur (LP et F art. 47). Ainsi, dans la pratique, des amendements notables sont apportés au principe ci-dessus énoncé de l'art. 25.

A noter enfin que certains des inconvénients inhérents à l'éloignement relatif du siège de l'autorité tutélaire sont, en quelque sorte, compensés en Suisse par la disposition de l'art. 380 du CCS. Celle-ci fait un devoir à l'autorité compétente de tenir compte, dans le choix du tuteur, en particulier, de la proximité du domicile de ce dernier par rapport à la résidence de fait de la personne à placer sous tutelle.

4. Domicile des domestiques et employés.

Le domicile dépendant pour la femme mariée, les mineurs et les personnes sous tutelle est prévu par toutes les législations modernes, à la seule exception, toutefois, des Codes soviétiques qui, comme nous l'avons relevé, n'imposent en aucune façon le domicile du mari à la femme mariée. Certains Etats connaissent encore le domicile dépendant des personnes militaires et des fonctionnaires, des domestiques et des employés. Il ne s'agit pas là, à proprement parler, de domiciles spéciaux, bien que le domicile soit déterminé, non d'après un élément personnel, mais d'après le service ou l'occupation, c'est-à-dire un motif, somme toute, accidentel et temporaire. Il s'agit, dans ce cas, d'un domicile proprement dit, dans le sens d'une base générale de compétence.

En droit français, l'état de domesticité peut supprimer le domicile propre des personnes qui servent ou travaillent chez autrui et leur donner comme domicile d'emprunt celui de la personne qu'elles servent (CC Fr. art. 109). Les conditions de l'acquisition de ce domicile dépendant sont : le service pour autrui et la communauté réelle d'habitation.

La disposition de l'art. 109 s'applique non seulement à la profession de domestique, mais aussi à certaines situations plus relevées, comme celles de secrétaire, régisseur, précepteur et autres emplois qui remplissent les deux conditions sus-visées.¹ Le service doit être habituel. Un service seulement temporaire ou intermittent ne suffirait pas pour supprimer le domicile propre. La communauté d'habitation est aussi essentielle. La règle ne s'applique pas aux serviteurs à gages demeurant dans une maison autre que celle qui est habitée par leurs maîtres. Il en serait ainsi alors même que la maison habitée par le serviteur serait la propriété du maître de ce dernier². D'autre part, la communauté d'habitation ne suffirait pas si un travailleur indépendant est logé, comme cela se fait quelquefois, dans la maison de son maître (par exemple un fermier, un entrepreneur qui travaille pour son propre compte).

Quant aux personnes pouvant acquérir le domicile de leurs maîtres, l'art. 109 du CC Fr. les désigne par l'appellation de « les majeurs »... A vrai dire, cette expression n'est pas tout à fait exacte puisque la règle que pose l'art. 109 peut s'appliquer évidemment aussi aux mineurs émancipés. D'autre part, cette expression est trop large ; on est d'accord pour recon-

¹ PLANIOL, I, 206, N^o. 586 ; COLIN et CAPITANT, I, 424 ; BAUDRY-LACANTINERIE, I, 165 et ss.

² ZACHARIE, § 143, texte et note 9 ; AUBRY et RAU, 582.

naître que la femme mariée, quoique placée chez autrui, conserve le domicile de son mari. Aussi les mineurs non émancipés conserveront toujours le domicile de leurs parents ou de leur tuteur quoiqu'ils soient mis en service chez autrui¹. C'est que le domicile que la loi attribue à la femme et aux mineurs est fondé sur une cause permanente, supérieure (le mariage, la vie commune), tandis que le domicile de l'art. 109 n'a qu'un motif accidentel et temporaire, le service chez autrui. En d'autres termes, lorsqu'il y aura plusieurs causes de domicile légal, la cause de nature permanente et d'ordre public primera.

Le CC portugais a expressément prévu et évité de la façon suivante le cumul de domicile de dépendance. A l'art. 50, il dispose que les « majeurs ou les mineurs émancipés qui servent ou travaillent habituellement chez autrui ont pour domicile celui de la personne qu'ils servent s'ils habitent avec elle, sans préjudice des dispositions des deux articles précédents ». Or, les dits articles 48 et 49 assignent précisément aux majeurs sous tutelle le domicile de leur tuteur et à la femme mariée celui du mari. Le CC portugais (art. 52, § 1) connaît encore un domicile de service subsidiaire « pour marins qui appartiennent à l'équipage d'un navire de commerce ou d'une barque côtière » ; ils ont leur domicile au port d'attache de ce navire ou de cette barque « à moins que, pour une autre cause, ils ne soient domiciliés ailleurs ».

Le CC hollandais limite le domicile de service aux ouvriers seulement ; il est ainsi plus large que les codes français et portugais, puisqu'il n'exige pas la condition d'« habitude » (art. 79). Le Code hollandais dispose, comme le Code portugais, que la femme

¹ AUBRY et RAU, I, 581, 11 ; PLANIOL, I, 587 ; LAURENT, I, 302 et ss.

mariée, les mineurs et les personnes sous tutelle ne sont pas soumis au domicile de service. Le Code chilien limite le domicile de service aux domestiques ¹.

Les autres législations ne connaissent pas le domicile dépendant des domestiques ². C'est le cas, en particulier, de la législation suisse, bien qu'elle adopte l'institution de l'« autorité domestique », que le chef de famille exerce sur tous ceux qui font ménage commun, en qualité de parents, d'alliés, ou, aux termes d'un contrat, tels que gens de service, apprentis, ouvriers (CCS 331).

Les gens de service et employés ont, d'après ces législations, un domicile indépendant, même si ces personnes vivent en communauté avec leurs maîtres. Leur lieu d'habitation, leur résidence de fait peut coïncider avec celle du maître, mais pas nécessairement leur domicile. C'est ainsi qu'en droit italien, par exemple, qui ignore le domicile de service, l'ouvrier qui habite dans la maison du patron a son domicile dans la commune de son patron si les conditions légales de « siège principal de ses affaires et de ses intérêts » (art. 16, CC it.) se trouvent réalisées. Par contre, le patron qui a ses ateliers dans une autre commune (limitrophe, par exemple) ne peut avoir son domicile que dans cette commune et non dans la commune où il demeure.

¹ DE LA GRASSERIE, Code Civil Chilien, p. 121.

² En Italie, la Commission du Sénat avait proposé de compléter les dispositions relatives au domicile par l'addition d'un article calqué sur le modèle de l'art. 109 du CC français concernant le domicile des gens de service et des employés. Dans sa séance du 19 avril 1865, la Commission de coordination a rejeté cette proposition en raison du fait que, comme les gens de service à gages, majeurs, changent fréquemment de maître, leur domicile deviendrait, par l'insertion dudit article, trop instable au préjudice des tiers. (CC italien traduit et annoté par H. PRUDHOMME, p. 11.)

Le droit anglais a cru, à un certain moment, devoir attribuer aux domestiques et gens de service comme nécessaire le domicile de leurs maîtres. Cette opinion n'a pas réussi à prévaloir, c'est-à-dire qu'en droit anglais également, la question est tranchée suivant les cas et les circonstances¹. En Allemagne, les art. 95 et 218 de la loi d'introduction au BGB ont permis aux divers Etats allemands constitutifs du Reich de prescrire un domicile dépendant. Mais aucun de ceux-ci n'a jusqu'ici, à notre connaissance, fait usage de cette faculté².

Le domicile de service provient de l'ancien droit et tire son origine de la dépendance dans laquelle le régime de la féodalité et des corporations plaçait certains subordonnés. Il s'est maintenu comme un vestige des temps révolus dans quelques législations modernes, mais ne cadre plus avec les principes actuels de self-government et de libre établissement et, à vrai dire, n'a plus sa raison d'être.

5. Le domicile des fonctionnaires.

Alors que le domicile de service des domestiques et des employés n'était pas unanimement reconnu dans l'ancien droit, en revanche, ce dernier instituait de façon incontestée le domicile dépendant des fonctionnaires, qui est déterminé par le lieu où la fonction officielle et publique doit être exercée³. De l'ancien droit, cette institution a passé, de même que le domicile de service, dans quelques législations modernes.

D'après le droit français (CC Fr. art. 107), le domicile des fonctionnaires nommés à vie est fixé au lieu où leur service les appelle, dès qu'ils ont accepté leurs

¹ LÖWENWARTER, 82.

² STAUDINGER, N. 2 b, § 9; DERNBURG, I, § 57, N. 11.

³ DERNBURG, Pand. § 46; WINDSCHEID id-KIPP, Pand., I, § 36.

fonctions. Le sens naturel des mots « fonctions à vie », qui résulte aussi du rapprochement des articles 106, 107, est : « fonctions à la fois perpétuelles et irrévocables ¹ ». La loi oppose les fonctionnaires nommés à vie à ceux dont les fonctions sont temporaires ou révocables et qui, aux termes de l'art. 106, conservent, en principe, le domicile qu'ils avaient antérieurement à leur nomination, en tant qu'ils ne manifestent pas d'intention contraire. Ainsi, il suffit qu'une fonction soit temporaire, quoique irrévocable (par exemple les fonctions électives, des députés, des juges des tribunaux de commerce) ou bien révocables, quoique perpétuelles (par exemple, celles de préfet, de juge de paix) pour que le domicile de la personne ne soit pas dépendant. Ces fonctionnaires sont d'ailleurs presque tous obligés, soit par une loi spéciale, soit par la nature de leurs fonctions, de résider dans le lieu où ils exercent celles-ci, et, en fait, la plupart y établissent leur domicile. Cependant, ils restent libres, en général, de conserver leur domicile antérieur ou de le fixer dans un autre endroit que celui de leurs fonctions.

Les fonctions à vie, qui emportent donc translation du domicile de leur titulaire, sont peu nombreuses à la vérité. Ce sont celles de juge dans les tribunaux civils, de conseiller dans les Cours d'Appel, à la Cour de Cassation, à la Cour des Comptes et, enfin, celles de notaire ². L'art. 107 spécifie que le changement de domicile se produit au moment même de l'acceptation des fonctions. Cette prescription laisse à désirer. Les fonctionnaires n'acceptent pas, en vérité, les fonctions qui leur sont dévolues, mais ordinairement, ils les sollicitent. D'autre part, ladite prescription implique le transfert du domicile avant que le fonc-

¹ PLANIOL, I, 206, N° 589; COLIN et CAPITANT, 424.

² AUBRY et RAU, I, 579; COLIN et CAPITANT, 424; PLANIOL, I, 207.

tionnaire soit arrivé à son nouveau poste, solution qui, aux yeux de Colin et Capitant, entre autres, constitue un « véritable abus de logique ». En outre, certains auteurs admettent comme instant décisif de l'acceptation le serment professionnel. Or, la prestation de serment n'a pas toujours lieu dans la ville où doivent s'exercer les fonctions; c'est pourquoi l'acceptation peut être un fait accompli et le domicile transféré avant que le fonctionnaire ait rejoint son poste. S'il meurt avant de partir ou en cours de route, c'est au lieu où il avait été nommé que sa succession s'ouvrira.

Le droit portugais est plus précis et l'art. 51 statue que « le domicile est acquis par l'installation dans la fonction ou par l'exercice des attributions qui en dépendent ». La législation portugaise étend le domicile des fonctionnaires publics à tous ceux d'entre eux qui exercent leur fonctions dans un lieu déterminé (art. 51). C'est dans cet endroit qu'aux yeux de la loi, ils sont réputés avoir leur domicile. En revanche, le domicile reste indépendant et est régi par les principes généraux si la fonction ne s'exerce pas dans un lieu déterminé (art. 51, § 1).

En Italie, la commission du Sénat avait proposé de compléter les dispositions relatives au domicile par l'addition de deux articles conçus à peu près dans les termes des art. 106 et 107 du CC français concernant le domicile des fonctionnaires. Mais la commission de coordination (séance du 19 avril 1865) a rejeté ces propositions pour les motifs qu'il n'y a pas lieu de déterminer des règles spéciales, relativement au domicile, pour les employés inamovibles du gouvernement, ni de les distinguer ainsi des fonctionnaires amovibles et des employés des grandes administrations ¹.

¹ CC italien traduit et annoté par H. Prudhomme, 1896, p. 11.

Le CCS également ne contient aucune disposition sur le domicile des fonctionnaires. Toutefois, bien qu'ils relèvent du droit public, il convient de citer en passant l'art. 5 de la loi fédérale du 23 décembre 1851 sur les garanties politiques et de police en faveur de la Confédération, l'art. 1 OAF du 26 mars 1914 et l'art. 15 de la loi OJF du 22 mars 1893 qui font bénéficier de l'exterritorialité, au siège respectif de leurs fonctions à Berne et à Lausanne, les membres du Conseil fédéral, le chancelier de la Confédération et les membres du Tribunal fédéral et fixent leur domicile, à la fois au point de vue civil et public, au lieu de leur origine. L'art. 5 sus-visé dispose, entre autres, que « les membres du Conseil fédéral et le chancelier de la Confédération conservent leur domicile politique et civil dans le canton où ils ont le droit de cité... Ils restent placés sous la souveraineté et sous la législation de ce canton pour tout ce qui concerne leur qualité de personne privée ¹. »

Les autres législations civiles n'établissent pas de rapport non plus, en principe, entre le domicile privé des fonctionnaires et le siège de leurs fonctions publiques. Cependant, pour être complet, il y a lieu de mentionner, en outre, que certaines lois civiles confirment le privilège de l'exterritorialité qui est accordé d'ordinaire à tous les agents diplomatiques chargés de représenter leur pays, quel que soit leur degré dans la hiérarchie. Ainsi, en droit anglais, l'art. 12 de l'« Indian Succession Act » de 1865 statue que l'« Ambassadeur, le Consul et les agents diplomatiques en-

¹ L'art. 23 de l'avant-projet disposait que le domicile des fonctionnaires fédéraux qui jouissent de l'exterritorialité au siège de leurs fonctions est à leur lieu d'origine. Cette disposition a été retranchée à bon droit comme faisant double emploi avec la législation spéciale que nous venons de rappeler.

un nouveau domicile en participant à telle résidence ¹. Le CC espagnol renferme une disposition sensiblement analogue à l'art. 40, qui a la teneur suivante: « Le domicile des agents diplomatiques résidant à l'étranger à cause de leur charge et qui jouissent du droit d'exterritorialité sera le dernier domicile qu'ils ont occupé sur le territoire espagnol ». Ces deux dispositions constituent une exception, car des immunités diplomatiques, qui peuvent se résumer en deux privilèges, l'inviolabilité personnelle et l'indépendance à l'égard de la loi, des autorités et de la juridiction locales, sont généralement consacrées par l'usage ou font l'objet de clauses spéciales insérées dans les traités internationaux ². On s'accorde communément à considérer l'exterritorialité comme une fiction « en vertu de laquelle les représentants des Etats sont réputés avoir leur domicile dans le pays qu'ils représentent et non dans celui où ils exercent leurs fonctions ». On déduit du principe ainsi posé toutes les conséquences logiques qu'il comporte. Or, la première consiste précisément à envisager et à traiter le Ministre étranger comme ayant conservé son domicile dans le pays qu'il représente. Ainsi, la personne exterritoriale, malgré sa résidence dans un pays étranger, reste soumise aux lois de son pays d'origine comme si elle ne l'avait jamais quitté ³.

Enfin, le projet de règlement adopté à la 16^{me} séance de l'Institut de Droit International à Cambrayés par leur gouvernement dans un autre pays n'y acquièrent pas un domicile par le fait de la résidence qu'ils prennent en vue de leur mission et aucune personne de leur famille, ni de leur suite, n'acquiert

¹ DICEY, II, p. 374.

² DESPAGNET, Cours de Droit Int. public 1910, p. 334 et ss.

³ LITZ, Völkerrecht, 11, Aufl. 1921, p. 119.

bridge, le 13 août 1895, réserve à la question du domicile des fonctionnaires diplomatiques la solution suivante: « Les agents diplomatiques et les fonctionnaires attachés officiellement à la mission, ainsi que les membres de la famille demeurant avec eux conservent leur domicile d'origine et sont soumis aux lois de ce domicile pour autant que le domicile est déterminant pour l'application des lois et pour le for ».

Quoique le CC espagnol paraisse le faire, on ne saurait, à juste titre, croyons-nous assimiler, le domicile d'origine que conserve l'agent diplomatique sur territoire étranger au domicile « dépendant » ou nécessaire du fonctionnaire, institué par le Code français. Ils diffèrent essentiellement par leur fondement, leurs effets juridiques et leur destination sociale. L'un relève exclusivement du droit international public, l'autre, du droit privé¹.

¹ C'est à tort, croyons-nous que LIZT, *Völkerrecht*, II, Aufl. p. 120 attribue à l'ambassadeur un domicile au chef-lieu de son pays d'origine, en conséquence un domicile dépendant. Cette opinion paraît reposer sur un malentendu. VON BAR, *Theorie und Praxis des Int. PR* 1889, t. II, 636, dit exactement: « L'Ambassadeur conserve le domicile qu'il avait choisi dans son pays d'origine ». Le projet I de CC allemand (§ 35) prévoyait pour les fonctionnaires en charge à l'étranger un domicile légal dans la capitale de leur pays d'origine, en tant qu'ils n'avaient pas de domicile élu dans leur patrie. Cette disposition fut abandonnée lors de la discussion du projet en deuxième lecture. SALEILLES et consorts dans leur traduction du CC allemand (p. 8) relèvent à ce propos, ce qui suit: « Quant aux nationaux allemands fixés à l'étranger, mais jouissant du principe de l'exterritorialité, ils conservent leur ancien domicile très certainement en ce qui touche la juridiction et la compétence (art. 16 CPR all.) mais pour ce qui est des autres effets du domicile, on a entendu s'en remettre aux principes généraux du droit international. (DENK, 314; PR, 41.)

Il ressort de ce qui précède que le domicile dépendant des fonctionnaires ne subsiste qu'en France et au Portugal. Ce domicile, de même que le domicile des gens de service, est incompatible avec nos conceptions modernes de liberté et d'individualisme intégral. Il peut comporter, il est vrai, une certaine simplification pour le commerce, le siège de la fonction étant généralement connu, tandis que le domicile privé du fonctionnaire (sis peut-être dans une commune du voisinage plus ou moins immédiat) n'est pas présumable et peut être parfois malaisé à déterminer par des tiers intéressés. Toutefois, l'importance pratique de ces quelques avantages n'est pas de nature à justifier l'attribution d'un domicile nécessaire aux fonctionnaires. Au reste, rien ne s'oppose à ce que des règles spéciales de compétence, incluses par exemple dans les codes de procédure civile, désignent le siège de la fonction comme *for* compétent pour les actions civiles, sans qu'il soit besoin d'imposer aux fonctionnaires un domicile nécessaire et de leur enlever de la sorte une part notable de leur capacité.

6. Le domicile des militaires.

De même que les fonctionnaires ont, au siège de leurs fonctions, un domicile que certaines législations leur assignent à titre de domicile privé « dépendant » ou nécessaire, certains militaires ont, de leur côté, un domicile au lieu de leur garnison.

Seuls les droits allemand et portugais reconnaissent au lieu de garnison un caractère déterminant pour le domicile de droit privé¹.

¹ En droit anglais, les militaires n'acquièrent pas de domicile dans la localité où ils sont en garnison. En principe, ils conservent le domicile qu'ils avaient au moment de leur entrée en service, quel que soit le lieu où ils tiennent garnison.

D'après le § 9 du BGB, l'individu appartenant à l'état militaire a son domicile au lieu de sa garnison. Ne tombent pas sous le coup de cette disposition les militaires qui ne sont au corps que pour l'accomplissement de leur temps de service, ni, en outre, ceux qui ne sont pas capables, d'après les principes du droit commun, de se donner à titre indépendant un domicile par eux-mêmes. Cette seconde exception est fondée sur le principe examiné dans les pages qui précèdent et d'après lequel, en cas de concurrence de domiciles dépendants, c'est celui se rattachant à une cause permanente et d'ordre public, c'est-à-dire au droit de famille, qui prime. La première exception a pour effet de restreindre l'application de la disposition de l'art. 9 aux militaires faisant partie de l'armée et envisagés comme étant militaires par état, soit aux soldats de métier, ce qui n'implique pas forcément qu'ils

Il en est de même pour les marins. Toutefois, une exception était prévue pour toute personne entrée au service militaire ou à la solde de la Compagnie des Indes Orientales et qui, de ce chef, acquerrait un domicile aux Indes, appelé usuellement « domicile anglo-indien ». Les intéressés conservaient leur domicile anglo-indien, même après leur retour en Europe, aussi longtemps qu'ils demeuraient au service de la dite Compagnie et qu'ils se trouvaient ainsi exposés à être rappelés aux Indes. Les dispositions relatives au domicile anglo-indien ne s'appliquaient ni aux personnes résidant aux Indes dans un but commercial, ni aux personnes au service de la Couronne, en garnison aux Indes. Les prescriptions concernant ce domicile spécial s'expliquent par le fait qu'à l'époque où elles furent promulguées, le gouvernement de la Compagnie des Indes Orientales était presque complètement indépendant de celui de la métropole. Aussi les personnes engagées par cet important organisme acquerraient-elles un domicile spécial, moins parce qu'elles résidaient, d'ordinaire, aux Indes que parce qu'elles étaient au service d'une institution susceptible d'être appelée une puissance anglo-indienne.

soient militaires de profession. En effet, le sens du mot est déterminé par les lois de 1872 et 1874. Il faut entendre par là, non seulement les soldats proprement dits, y compris officiers et sous-officiers, mais encore tous les fonctionnaires militaires faisant comme tels partie de l'armée. Aux termes de l'art. 38 de la loi précitée de 1874, il y a lieu de considérer comme appartenant à l'état militaire et relevant, dès lors, de la disposition du § 9 du BGB. :

1^o les officiers, médecins, ingénieurs, mécaniciens et fonctionnaires militaires de l'état de paix, du jour de leur engagement jusqu'au jour de leur licenciement ;

2^o les rengagés, du commencement de leur réintégration jusqu'à la fin ou à la suppression de leur rengagement ;

3^o tous les officiers et soldats appelés sous les armes en temps de guerre, ainsi que les volontaires, n'appartenant pas à une des catégories précédentes, jusqu'à leur licenciement. Ne sont pas rangés au nombre des soldats de profession, les volontaires et les recrues du jour de leur enrôlement jusqu'à leur licenciement ¹.

Depuis que le traité de Versailles a aboli, en Allemagne, l'obligation générale du service militaire, il n'y a plus que des soldats de métier, c'est-à-dire que le § 9 ne régit désormais que les personnes appartenant à l'état militaire.

Celui dont le corps de troupes n'a pas de lieu de garnison à l'intérieur est réputé avoir pour domicile le lieu où le corps a eu sa dernière garnison à l'intérieur (§ 9 du BGB.)

Le droit allemand adoptant le principe de la pluralité de domicile, comme nous l'avons vu, certains au-

¹ STAUDINGER, ad. § 9 BGB ; OERTMANN, Rem. 4 ad. § 9 BGB ; SALEILLES et consorts, CC allemand annoté et traduit, p. 8.

teurs ont discuté sur la question de savoir si, en dehors du domicile dépendant militaire, il peut exister un deuxième domicile, civil celui-là, lorsque, par exemple, un officier a sa résidence dans un endroit voisin du lieu de garnison et fait de cette résidence de fait le centre de sa vie économique et sociale. La majorité s'est prononcée pour la négative, étant donné que la disposition du § 9 a lieu d'être envisagée comme étant de droit impératif¹.

Le CC portugais, à l'art. 52, distingue deux sortes de militaires: « les militaires enrégimentés, qui sont domiciliés dans le lieu où le corps tient garnison; les militaires non enrégimentés, qui sont domiciliés dans le lieu où ils sont de service, à moins qu'ils n'aient ailleurs un établissement ou une demeure fixe, auquel cas ils sont domiciliés dans ce dernier lieu ». Le domicile dépendant des soldats non enrégimentés n'est donc que subsidiaire, tandis qu'il est de droit impératif pour les soldats enrégimentés, qu'ils accomplissent ou non leur service obligatoire.

Les soldats de la marine portugaise ont également un domicile dépendant en vertu du § 1 de l'art. 52 qui dispose que les marins enrôlés dans la flotte ont leur domicile à Lisbonne.

Le domicile dépendant des militaires, tel que le consacre le droit portugais, ne paraît pas justifié, attendu qu'il ne fait aucune distinction entre soldats de carrière et soldats qui n'en sont pas. Ces derniers, qui ne revêtent l'uniforme que pour un temps, aux fins de s'acquitter de leurs obligations militaires, ne rompent pas tout lien avec leur existence civile et, en particulier, n'entendent pas quitter définitivement leur demeure durable, d'autant moins que le service

¹ HOELDER, N. 3 ad. § 9 BGB; OETMANN, N. 4 ad. § 9 BGB; contra Staudinger, N. 4 ad. § 9 BGB.

militaire n'est pas accompli volontairement, mais obligatoirement, en exécution de prescriptions légales. En revanche, il paraît plus juste de prévoir un domicile dépendant pour les soldats de métier, attendu que le lieu de leur garnison est, en fait, le centre de leur existence, dans la règle. Mais, aussi pour ces personnes, qui appartiennent de par leur profession à l'état militaire, il n'est pas rare qu'elles soient appelées, par les nécessités mêmes de leur service, à accomplir celui-ci dans un endroit plus ou moins distant du lieu de leur garnison et qu'elles y transfèrent ainsi leur résidence de fait, pour une période plus ou moins longue. D'autre part, il arrive non moins souvent que certains officiers supérieurs, les médecins et autres fonctionnaires militaires aillent habiter ailleurs qu'au siège de leur garnison et fondent aussi dans cet endroit, plus ou moins excentrique par rapport à celui-là, une véritable résidence de fait. Dans ces deux situations, on retrouve l'élément matériel, soit l'établissement à demeure qui, comme nous l'avons vu précédemment, est un des éléments constitutifs du domicile général ordinaire.

Les dispositions générales sur le domicile se trouvent également appliquées, la plupart du temps, dans les cas de domicile nécessaire des militaires; aussi les prescriptions exceptionnelles qui régissent ces cas apparaissent-elles comme superflues. Les cas de ce genre où les dites dispositions ne pourraient être complètement appliquées aussi sont, à la vérité, trop rares pour justifier une réglementation spéciale dérogatoire au droit commun, ainsi qu'une restriction de la liberté d'agir de personnes investies de la confiance du gouvernement, détentrices, de surcroît, de parcelles du pouvoir militaire de l'Etat et, par ailleurs, pleinement et entièrement capables, au sens du droit privé. Nous estimons que c'est à bon droit que les

autres législations n'ont pas sanctionné des restrictions de cette nature et laissent ainsi les militaires dans le droit commun, relativement à leur domicile.

IV. DOMICILES SPÉCIAUX

En dehors du domicile général, indépendant et dépendant, traité jusqu'ici, certaines législations connaissent encore des domiciles spéciaux.

Tandis que le domicile proprement dit s'applique à la généralité des droits et obligations et rentre dans la sphère du droit civil, le domicile spécial, en revanche, n'a trait qu'à des relations juridiques nettement circonscrites et laisse subsister intact en principe le domicile général. Le domicile spécial résulte soit d'une disposition de la loi, soit du choix de la personne. La loi assimile parfois une simple résidence à un domicile pour l'accomplissement de certains actes et en vue de certains objets déterminés.

Des domiciles spéciaux peuvent s'acquérir sans faire disparaître le domicile principal. Au fond, le terme de domicile ne leur convient guère. Nous ne les en désignerons pas moins ainsi pour nous conformer à l'usage courant.

Ces domiciles ont pour base des éléments déterminés par la loi et existant en dehors de l'élément de fait du domicile général, pour ainsi dire parallèlement à lui. Ils constituent des centres particuliers d'une activité bien délimitée de la personne (par exemple

en matière commerciale ou industrielle), alors que l'élément de fait du domicile s'applique au centre de l'activité générale du sujet de droit.

Les éléments de fait du domicile général et du domicile spécial sont différents quantitativement; la notion du domicile, par contre, ne se distingue que qualitativement de celle du domicile spécial.

Les législations attribuent à un rapport de droit particulier, tel que service chez autrui ou exercice de fonctions officielles, le pouvoir de supprimer le domicile propre des personnes qui sont soumises à ce rapport de droit et de leur assigner comme domicile celui de la personne qu'elles servent ou de fixer ce domicile au lieu même de la fonction. Dans ces cas-là, il s'agit bien d'un domicile général ordinaire, centre de l'existence économique et sociale de l'individu et non d'un domicile spécial. Aussi les avons-nous traités dans les pages qui précèdent sous la rubrique du domicile général dépendant.

Dans le chapitre suivant, nous nous occuperons des domiciles spéciaux au sens propre et étroit de ce terme, c'est-à-dire des domiciles qui existent indépendamment et comme aux côtés du domicile général.

1. Le siège d'affaires (geschäftliche Niederlassung).

Le domicile spécial le plus important est celui du siège d'affaires. Le droit anglo-américain et les droits néo-latins l'ignorent. Le domicile découlant, dans ces derniers, du principal établissement, le siège d'affaires n'a pas lieu d'être expressément prévu par la loi. Ce siège coïncidera, dans la plupart des cas, avec l'établissement principal. Par contre, les sociétés civiles ou commerciales, même si elles ne sont pas des sociétés anonymes et des sociétés coopératives, sont

considérées par les législations néo-latines comme personnes, juridiques, de sorte que leur siège social est analogue au domicile de la personne physique. CC Fr. 1845, Esp. 1681, Port. 1251-1252, Holl. 1662, Chilien 2043 et ss; Mexicain 2264-66 ¹. La personne qui fait partie d'une société n'a pas un domicile propre ni un domicile d'affaires, elle n'a qu'un seul domicile au lieu du principal établissement. Le siège d'affaires n'est pas le sien, mais celui de la société, de la personne morale spéciale.

Le droit français connaît un domicile spécial pour la femme mariée à qui l'autorisation a été accordée de faire le commerce. De ce chef, il lui est loisible, si l'entreprise qu'elle exploite est située dans une autre commune que celle du domicile de son mari, d'acquérir un domicile spécial distinct de celui du mari et qui lui servira de centre pour toutes ses opérations commerciales. Cela ne l'empêche pas de conserver, entre temps, comme domicile principal, le domicile conjugal chez son mari, où demeurent centralisées toutes les affaires étrangères à son activité commerciale proprement dite ².

Par contre, en droit suisse et en droit allemand, le siège d'affaires ou établissement commercial joue un rôle important comme domicile spécial. En octroyant le domicile, la loi suisse ne se préoccupe d'aucune façon si la personne exploite un commerce ou une industrie ni, dans l'affirmative, à quel endroit. L'essentiel est que les conditions de domicile fixées par l'art. 23 se rencontrent. Peu importe que la personne possède, en outre, au même endroit ou ailleurs, nombre de sièges d'affaires. Aussi l'inscription

¹ BOITEL et FOIGNET, Manuel de Droit Commercial, Paris 1922, p. 42; Cass. 23, II, 1891; 2, III, 1892; 2, I, 1894.

² PLANIOL, I, 598; COLIN, I, 427.

de la raison d'un particulier dans le registre du commerce d'une ou de plusieurs localités ne constitue pas un « siège » qui aurait une importance juridique à côté du domicile ¹.

En revanche, la société en nom collectif et la société en commandite ont, en Suisse, un siège indépendant, bien qu'elles ne jouissent pas de la personnalité juridique. La dénomination de « siège » (Sitz), adoptée par les art. 553 et 591 du CO peut, surtout dans la terminologie allemande, prêter à confusion, d'une part entre le domicile (Wohnsitz) ou « siège » (Sitz) comme tel, soit la relation établie par la loi entre le sujet de droit et un lieu, et, d'autre part, l'établissement « principal » (Hauptniederlassung) ou le « siège d'affaires » (Geschäftssitz), c'est-à-dire la relation que la loi détermine entre un lieu et le sujet de droit, en tant que chef d'une entreprise commerciale ou industrielle ².

D'autre part, on se sert aussi de ce terme pour désigner le siège de la société commerciale dotée de la personnalité juridique et qui équivaut, en quelque sorte, au domicile de la personne physique ³. Pour éviter toute possibilité de malentendu, on se demande s'il ne serait pas préférable de substituer à cette appellation d'une acception trop large le terme plus précis d'« établissement commercial ou industriel » ou d'« établissement d'affaires ».

En droit allemand, à teneur de l'art. 269, II, du BGB, lorsque l'engagement est né de l'exploitation d'une entreprise commerciale ou industrielle appartenant au débiteur et que ce dernier ait eu son éta-

¹ SCHNEIDER et FICK, N. 3 ad. 865 CO; Feuille fédérale 1910, I, 435.

² HAFTER, N. 12 et 13 ad. 23 CCS.

³ SALEILLES et consorts, CC allemand traduit et annoté, p. 387/8.

blissement commercial ou industriel dans un autre lieu que son domicile, le lieu de cet établissement est substitué au domicile, en matière d'exécution d'obligations. En d'autres termes, dans le cas de dettes se rattachant à l'exploitation d'un commerce ou d'une industrie, on substitue au domicile le lieu où le débiteur avait ledit établissement; en parlant au passé, on fait allusion à l'établissement existant au moment où la dette a pris naissance¹. Ainsi l'établissement commercial et industriel peut constituer, dans certaines conditions, un domicile spécial comme lieu légal d'exécution de la prestation. Par établissement commercial ou industriel, au sens de lieu d'exécution, il faut entendre le lieu où se trouve le siège d'une exploitation commerciale ou industrielle indépendante et durable et duquel rayonne la direction de l'ensemble de l'entreprise². Peu importe que l'établissement soit principal ou secondaire (Haupt- oder Zweigniederlassung)³. En cas de pluralité d'établissements est considéré comme lieu d'exécution celui dont l'exploitation a contracté la dette⁴.

A la société en nom collectif du droit suisse correspond la « offene Handelsgesellschaft » du droit allemand. Cette société a un siège spécial (§ 106, 161, HGB).

Les sociétés en nom collectif et en commandite du droit suisse ainsi que la « offene Handelsgesellschaft » et la société en commandite du droit allemand constituent, sous leur raison sociale, une unité véritable capable d'acquérir des droits propres et d'ester en justice. La loi crée aussi, par le moyen des « sièges »

¹ § 42 Gewerbeordnung; Jurist. Wochenschrift, 97, 382.

² HOLENSTEIN, p. 119.

³ REICHSGERICHT, 44, 362.

⁴ STAUB, Anmerk. 20 § 372 HGB.

un lien entre un lieu et ces institutions qui offrent beaucoup d'analogie avec les personnes juridiques. On a désigné ces sociétés, par opposition aux personnes juridiques, du nom de sujets « de droit de second ordre » ou « personnes juridiques relatives »¹. On pourrait, dès lors, dénommer leur « siège » « siège secondaire ».

En quel endroit ces sociétés sans personnalité juridique ont-elles leur établissement d'affaires ? Le droit suisse, de même que le droit allemand, sont muets sur ce point. On admet, d'entente avec la doctrine, que cet établissement se trouve au lieu où est située l'administration, au centre où la société déploie effectivement son activité. Il est rattaché à cet endroit et les associés n'ont pas la faculté de le fixer ailleurs, selon leurs convenances personnelles, en dehors dudit centre, par des dispositions du contrat de société². La désignation du siège dans le contrat de société n'a qu'une portée déclarative et non constitutive. Elle n'est valable qu'en tant qu'elle concorde avec les conditions de fait. Sur ce point, on s'en remet, dans chaque cas, à la libre appréciation du préposé au registre du commerce.

Les sociétés précitées ne peuvent avoir qu'un siège unique, qui engendre pour elles des effets analogues à ceux qui découlent généralement du domicile. Ce siège est le point central d'où la direction déploie son activité. Ce principe fait règle tant pour le droit suisse que pour le droit allemand (CO 865, HGB § 106). Tous les autres « établissements d'affaires » d'une

¹ HAFF, *Inst. der Persönlichkeitslehre*, Zürich 1918, p. 237 et ss; GAREIS, *Handelsr.* § 27, N. 5.

² SCHNEIDER et FICK, N. 1 ad. CO 553; SIGMUND, *Handbuch für Handelsregisterführer*, Bâle 1893, p. 236; STAUB, *Anmerk.* 4 ad. § 106.

société sont des établissements secondaires (succursales, « Filiale » dans le texte allemand, CO 624, 625, 680, II, « Zweigniederlassung » dans le texte allemand ; texte français « succursales » CO 460, 865). La succursale ne peut être considérée comme « siège » de la société. Seul peut faire et fait règle à cet égard l'établissement principal¹.

Alors que l'établissement commercial d'une raison de particuliers n'a pour effet juridique, en droit allemand, que de créer un lieu légal pour l'exécution des obligations, le siège ou siège principal des sociétés précitées constitue, en droit allemand et suisse, une base générale de compétence à l'exemple du domicile, relativement aux personnes physiques². Si l'on considère la société (en nom collectif, en commandite, l'« offene Handelsgesellschaft », société à responsabilité limitée) comme institution juridique en soi, ressemblant à la personne, on peut avancer que l'établissement de la société correspond au domicile de la personne physique. Mais, d'autre part, étant donné que la société sans personnalité juridique forme, en quelque sorte, une même unité avec les associés, le siège ou établissement de la société ne constitue, du point de vue de ceux-ci, qu'un domicile spécial pour une certaine sphère d'activité. Cette sphère est précisément déterminée par le champ d'opération de la société en question. Tandis que le domicile crée, au profit de la personne physique comme telle, une base générale de compétence, on peut dire que le siège de la société assume un rôle analogue pour la personne, en sa qualité d'associé.

¹ DENZLER, Stellung der Filiale; CURTI, Schw. HR 183 et ss; EHRENBERG, Handbuch des Gesch. HR II/21, 266 et ss; SCHNEIDER et FICK, N. 3, 4, 7 ad. CO 865.

² STAUB, Rem. 4 ad. § 106, HGB; HOLENSTEIN, 148 et ss.

2. Le domicile des condamnés.

Le domicile spécial des condamnés n'a pas été repris par les législations modernes tel qu'il existait dans l'ancien droit. Toutefois, deux législations reconnaissent un domicile spécial pour les condamnés, les législations française et portugaise. D'après la loi française, les condamnés à la déportation et les condamnés à la transportation acquièrent un domicile spécial pour l'exercice des droits civils qui leur sont accordés dans le lieu où ils subissent leur peine. (Loi du 25 mars 1873 sur les déportés de la Nouvelle-Calédonie, art. 17; décret du 31 août 1878 sur les conditions des transportés concessionnaires de terrains, art. 15, remplacé par le décret du 18 janvier 1895, art. 32.) Leur domicile principal reste cependant fixé chez leur tuteur (notamment pour les biens qu'ils peuvent avoir laissés en France et dont l'administration est confiée à ce dernier), car ils font l'objet d'une interdiction légale¹.

L'institution du domicile des condamnés est plus compliquée en droit portugais². Aux termes de l'art. 53 les « condamnés à l'emprisonnement, à l'internement ou à la déportation sont domiciliés dans le lieu où ils subissent leur peine; néanmoins, en ce qui concerne les obligations contractées antérieurement au délit, ils conservent leur ancien domicile, s'ils en avaient un. Les coupables condamnés, tant qu'ils n'ont pas été transférés dans le lieu où ils doivent subir leur peine, sont domiciliés au lieu où ils sont actuellement détenus ». Ainsi, en droit portugais, l'attribution d'un domicile spécial aux condamnés se pratique sur une plus vaste échelle qu'en droit fran-

¹ PLANIOL, I, 598; COLIN, I, 427.

² CC portugais traduit et annoté par G. LANEYRIE et J. DUBOIS, p. 28.

gais. Les catégories de condamnés auxquelles elle s'applique sont plus nombreuses. Le Code pénal portugais distingue entre les peines majeures (*maiores*) et les peines correctionnelles. Les peines majeures consistent en une combinaison de l'emprisonnement majeur cellulaire (*prisao maior*) avec la déportation dans une colonie pénale d'outremer (*degredo*), l'une succédant à l'autre. Les peines correctionnelles sont l'emprisonnement correctionnel (*prisao*), l'internement (*destero*), la suspension temporaire des droits politiques, l'amende, la réprimande¹. Nous voyons par ce qui précède que la disposition de l'art. 53 s'applique pour ainsi dire à tous les détenus, aussi bien aux condamnés à la réclusion qu'aux condamnés à la maison de correction et s'étend, de plus, aux déportés et même aux internés. La peine d'internement oblige le condamné à résider dans une localité désignée par le jugement et autre que celle où il a commis son délit ou à quitter le canton (*comarca*) pour un temps n'excédant pas trois ans (Code pénal art. 65). Quant à l'emprisonnement, il est subi dans les prisons de district. Le détenu est isolé d'une façon complète. L'emprisonnement correctionnel ne dure pas plus de deux ans (Code pénal, art. 64).

Le domicile assigné aux condamnés n'est un domicile spécial qu'en ce qui a trait aux obligations contractées après le délit (même si elles ont pris naissance avant la condamnation). L'ancien domicile général demeure déterminant, en revanche, pour tous les autres engagements. La loi manque de précision en ce qu'elle ne fait mention que des obligations et non des droits.

C'est la déportation qui a amené les Etats où cette peine est introduite à instituer un domicile spécial en

¹ LEHR, Le nouveau droit pénal portugais, *Revue de Droit International* XX (1888), 1313.

faveur des condamnés. Il est, en effet, à la fois plus pratique et conforme à la situation de fait que les condamnés transportés au-delà des mers soient considérés comme ayant réellement leur domicile, quant à l'exercice des droits qui leur sont octroyés, dans le pays éloigné où ils purgent leur peine. Cette solution paraît de beaucoup préférable à la fiction d'après laquelle le déporté serait réputé avoir, pour tous les droits lui compétant encore, un domicile dans sa lointaine patrie.

Par contre, aucune raison ne justifie l'institution d'un domicile spécial pour les autres condamnés. En droit suisse, les condamnés à une année de prison au moins sont pourvus d'un tuteur (art. 371 du CCS). Ils acquièrent un domicile dépendant, qui est celui de l'autorité tutélaire et non pas un domicile propre, aux termes de l'art. 26 du CCS, qui spécifie expressément que le séjour dans une maison de détention ne constitue pas un domicile. En droit français, les condamnés à une peine afflictive et infamante sont frappés d'interdiction légale (art. 29 du Code pénal et loi du 31 mai 1854, art. 21). Ils doivent, en conséquence, être pourvus d'un tuteur, notamment pour l'administration de leurs biens et pour tous les actes juridiques. Ainsi, ils acquièrent un domicile général dépendant, celui de leur tuteur. A noter encore que le droit français a créé le domicile spécial pour les condamnés à la déportation et à la transportation, en raison du grand éloignement de leur domicile général.

Lorsque le condamné ne perd pas complètement sa capacité d'agir, comme c'est le cas, par exemple, en droit allemand¹, il n'y a pas lieu de lui conférer un domicile civil spécial, car l'exercice des droits civils n'est pas, en général, rattaché à un lieu déterminé.

¹ STAUDINGER, I, 94.

Les codes de procédure civile peuvent, du reste, prévoir, si cela est nécessaire, des règles spéciales de compétence, entre autres pour les actions à intenter aux condamnés.

3. Domicile spécial pour certains actes juridiques.

Les domiciles spéciaux étudiés jusqu'ici ont un caractère large, en ce qu'ils n'ont pas trait seulement à des actes déterminés. Par contre, nombreux sont les cas où les législations assimilent pour des actes et des objets déterminés une simple résidence ou un autre lieu à une sorte de domicile. Ces cas ne peuvent être systématisés, une notion fondamentale commune leur faisant défaut. Ce sont parfois des considérations de politique sociale qui engagent le législateur à statuer des dérogations au domicile général, soit qu'à ce dernier on substitue, pour certains cas particuliers, un domicile spécial, soit qu'on admette, alternativement, à côté du domicile général, un domicile subsidiaire.

La plupart du temps, les domiciles subsidiaires sont institués pour divers actes juridiques ressortissant au droit des personnes ou de famille à seule fin de soustraire la sauvegarde d'intérêts importants aux contingences d'un domicile déterminé et d'assurer ainsi à ces intérêts une plus grande latitude. Citons quelques exemples: In favorem matrimonii, le droit français connaît un domicile spécial pour la célébration du mariage. Ordinairement, l'officier de l'état-civil compétent pour célébrer le mariage est celui du domicile de l'une des parties. Mais les époux peuvent se marier dans toute commune où ils ont résidé pendant un mois d'une façon continue (art. 74 et 165 du CC, modifiés par la loi du 21 juin 1907) ¹. Le droit

¹ COLIN et CAPITANT, I, 427.

allemand permet d'interdire au lieu de résidence l'étranger qui se trouve être en Allemagne sans domicile (loi d'introduction au BGB, art. 18).

Le droit suisse reconnaît comme domicile spécial attributif de for le dernier domicile d'une personne, même lorsqu'elle est décédée ou qu'il est probable qu'elle n'est plus en vie. C'est ainsi que, pour la déclaration d'absence, le juge compétent est celui du dernier domicile du disparu (art. 35 CCS). Est compétente également l'autorité du dernier domicile du défunt pour l'ouverture de la succession (CCS 538), pour les actions en nullité (CCS 519) ou en réduction d'une disposition du défunt (CCS 535), les actions en pétition d'hérédité (CCS 598) ou en partage (CCS 604). Le lieu d'origine est, en droit suisse, le domicile spécial en cas de déclaration d'absence, lorsque l'absent n'a jamais habité en Suisse (CCS 35). Il en est de même pour la publication du mariage d'un Suisse domicilié à l'étranger (CCS 106). De plus, les cantons peuvent décréter que leurs ressortissants, domiciliés sur leur territoire, seront soumis à l'autorité de tutelle de la commune d'origine en matière d'assistance publique et de curatelle (art. 376 et 396 du CCS).

Ce que nous avons relevé au sujet du « domicile spécial » s'applique a fortiori aux cas dont nous venons de faire mention. La notion de domicile, base générale et abstraite de compétence, n'entre pas en ligne de compte dans ceux-ci. Ils sont régis par des dispositions concrètes qui prévoient un for déterminé ou une autorité locale déterminée pour une action concrète ou un acte officiel concret.

4. Du domicile élu.

On a coutume d'opposer au domicile ordinaire, réel ou général, « ad omnes res », qui s'applique à l'ensemble des droits et des obligations rentrant dans

la sphère du droit civil, le domicile spécial « ad certas res », fictif, c'est-à-dire le domicile d'élection ou élu. Ont recours à cette institution les parties qui entendent faire usage de la faculté que leur accorde la loi de choisir, pour l'exécution de leur convention, un domicile différent de leur domicile général, en principe. Le droit français consacre le domicile élu. Selon l'art. 111 du CC Fr., le domicile élu est celui que les parties choisissent en dehors de leur domicile réel respectif, et indiquent expressément dans le contrat pour l'exécution de cet acte, domicile qui fera règle, en outre, pour toutes les significations, demandes et poursuites auxquelles ledit contrat pourra donner lieu, le cas échéant, dans la suite. Les autres droits néo-latins connaissent aussi le domicile élu (Italie, art. 19, Hollande, art. 81, 82, Portugal, art. 46, Chili, art 67, 69, Mexique, art. 37).

Comme on le voit, le domicile élu est un lieu avec lequel les parties n'ont ordinairement aucune attache. C'est improprement qu'il est appelé domicile. Les auteurs modernes s'accordent à voir en lui une « dérogation conventionnelle aux effets normaux du domicile réel et, en général, une espèce particulière de mandat ¹ ».

L'élection de domicile produit, d'ordinaire, un double effet :

1^o une attribution de compétence à un tribunal autre que celui du domicile réel du défendeur. Elle dispense le demandeur d'aller plaider au domicile réel du défendeur, qui sera généralement éloigné. En cela consiste le grand avantage pratique de l'élection de domicile. Ce premier effet se produit toujours, car il fait l'objet essentiel de l'élection de domicile. L'indi-

¹ PLANIOL, I, 211; COLIN et CAPITANT, I, 429; AUBRY et RAU, I, 587; BAUDRY-LACANTINERIE, I, p. 165 et ss.

cation du lieu fixe la compétence du tribunal qui aura ainsi à connaître des contestations susceptibles de s'élever entre les parties du chef de la convention en question. Nonobstant, le créancier conserve le droit d'assigner son débiteur au domicile réel, hormis le cas, cependant, où l'élection du domicile aurait été faite dans l'intérêt des deux parties (Civ. 14 juin 1875; DP 75, 1, 289; S. 76, I, 172).

2^o Une constitution de mandataire. Ce second effet ne se produit pas toujours, l'indication de mandataire étant facultative. Elle permet d'adresser à celui-ci des assignations, des notifications et, généralement, tous les actes de procédure. A défaut de ce mandataire, les exploits doivent être remis au domicile réel de la partie intéressée. L'élection de domicile n'est attributive de compétence au tribunal du domicile élu que pour les litiges qui peuvent naître de la convention élective de domicile. Elle laisse sous l'empire du droit commun tout ce qui concerne l'exécution purement volontaire et non litigieuse de cette convention.

L'élection doit être contenue dans un acte écrit. Elle ne se présume pas; elle doit être, au surplus, interprétée restrictivement. Elle peut être faite par une seule des deux parties ou par toutes les deux ensemble. Parfois la loi exige une élection de domicile (art. 176, de la part de la personne qui fait opposition à un mariage, art. 2148, par le créancier qui prend une inscription hypothécaire sur les biens de son débiteur).

Le domicile élu est toujours spécial. Il ne vaut que pour l'acte en vue duquel il a été choisi. Pour toute autre opération, par exemple pour le paiement, le domicile réel subsiste, mais le domicile élu fait règle en matière d'exécution forcée. Le domicile élu diffère du domicile ordinaire en ceci: 1^o qu'il est transmissible.

Il passe aux héritiers comme la convention à laquelle il se rattache ; 2^o qu'il ne peut être modifié unilatéralement par la seule volonté de celui qui l'a choisi, celui-ci étant lié par la convention ¹.

En dehors de l'hypothèse que seul vise l'art. 111, d'après laquelle l'élection du domicile est faite dans un autre lieu que celui du domicile réel, et qui se réalise, en effet, la plupart du temps, l'élection du domicile peut aussi être faite au domicile ordinaire. On recourt à cette manière de faire pour éviter les déplacements de compétence et de poursuites que ne manquerait pas d'entraîner la mort d'une des parties laissant des héritiers au loin ou son déménagement, C'est, en d'autres termes, un moyen pour le créancier de se garantir contre le risque de changement de domicile réel de son débiteur, qui pourrait se produire avant l'exécution de l'obligation. De la sorte, on assure la survivance du domicile élu au changement du domicile ordinaire.

Nous ne voyons pas en quoi l'institution du domicile élu est nécessaire. Les dispositions qui régissent cette matière ne devraient pas figurer, semble-t-il, parmi les règles relatives au domicile, attendu qu'elles n'en créent point au sens propre de ce terme, ainsi que nous venons de nous en convaincre. Les parties demeurent sans autre entièrement libres, dans la règle, de modifier par contrat, non pas leur domicile, mais certaines conséquences juridiques de celui-ci et, en particulier, de fixer selon leur convenance propre un lieu d'exécution pour leurs obligations réciproques, toutes les législations modernes consacrant, à des degrés plus ou moins accentués, le principe de la liberté des contrats. Aucune exigence d'ordre pratique n'oblige apparemment le législateur à conférer à une

¹ COLIN et CAPITANT, 429 ; PLANIOL, 212 ; ZACHARIE, § 145, 146 ; MERLIN, Rep. § 2.

simple convention relative au lieu d'exécution des prestations un caractère général et des effets juridiques nettement déterminés. On peut, en toute tranquillité, s'en remettre à la clairvoyance des parties du soin de choisir d'elles-mêmes les actes pour lesquels elles entendent élire un lieu d'exécution spécial et circonscrire de leur chef les effets de cette mesure, selon qu'elles les souhaitent plus ou moins étendus. Au reste, les personnes peu versées dans le droit peuvent aisément se méprendre sur la portée exacte d'une élection de domicile et, en attendre certains effets juridiques qui ne se produiront pas en réalité, bien qu'ils leur aient semblé évidents ou vice-versa. (Par exemple, relativement au paiement, l'indication d'un lieu de paiement n'emporte pas, du moins en matière civile, élection de domicile en ce lieu)¹.

Une convention relative au for ne constitue pas une élection de domicile. C'est une simple convention ressortissant à la procédure. Ce n'est pas d'un domicile que l'on fait choix, mais d'un for proprement dit². D'ailleurs la prorogation de for est admise, dans certaines limites, par toutes les législations modernes. Elle n'influe en rien sur l'institution juridique du domicile, qui en diffère totalement par ailleurs.

¹ AUBRY et RAU, I, 587 et ss.

² Les cas de ce genre comportent parfois une sorte d'insinuation de domicile, c'est-à-dire l'indication d'une adresse pour la notification de communications officielles, de citations, etc. (Arrêts TF 33, I, 738; 39, I, 333). En tout état de cause, le terme de domicile n'est pas pris dans son sens propre. En effet, l'objet de la convention ne consiste pas dans la relation juridique que le domicile établit d'ordinaire entre la personne et un lieu, mais se résume en un simple effet de procédure. C'est donc une erreur de parler de « domicile de for » (par ex. MEILI, Int. Zivilprozessrecht, II, 215 et ss). semble-t-il.

Nous objecterons les mêmes critiques à la désignation d'un mandataire spécial chargé de recevoir, dans un autre lieu que le domicile ordinaire du mandant, toutes les significations concernant l'exécution de la convention électorale de for. Il s'agit là d'une espèce particulière du mandat, relevant exclusivement des règles spéciales de la procédure. Aussi les dispositions y relatives sont-elles, certes, déplacées parmi les prescriptions générales qui régissent le domicile.

V. DU SIÈGE DES PERSONNES MORALES

1. Généralités.

Les dispositions relatives à la réglementation des personnes juridiques de droit privé sont aussi fort différentes dans les législations modernes.

Dans les droits néo-latins, la sphère des personnes juridiques de droit privé peut être considérée comme étant, à certains égards, plus étendue que dans les autres droits. C'est ainsi que le droit français¹ accorde la personnalité juridique, non seulement aux sociétés commerciales et civiles², mais encore aux

¹ COLIN et CAPITANT, I, 668 et ss; PLANIOL, II, 624 et ss; BAUDRY-LACANTINIERE, I, 337 et ss; AUBRY et RAU, I, 187.

² Depuis l'entrée en vigueur des Codes napoléoniens, on a toujours considéré les sociétés commerciales comme investies de la capacité juridique. Par contre, cette qualité était généralement refusée aux sociétés civiles. Mais la Cour de

associations déclarées en conformité de l'art. 5 de la loi du 1^{er} juillet 1901¹, ainsi qu'aux fondations reconnues officiellement d'utilité publique. Les sociétés civiles et commerciales jouissent de plein droit de la personnalité, par le seul fait de leur constitution. Les sociétés commerciales reconnues par la loi sont : la société en nom collectif, la société en commandite, la société anonyme (C. comm. art. 19), la société en commandite par actions (loi du 24 juillet 1867), la société coopérative (lois du 18 décembre 1915 et du 7 mai 1917) et la société de caution mutuelle (loi du 13 mars 1917).

Les associations rendues publiques conformément à l'art. 5 précité possèdent de plein droit la personnalité civile.

Cassation ne tarda pas à la leur reconnaître définitivement par plusieurs arrêts (Cass. 23, 2, 1891, D. 91, 1, 337, S. 92, 1, 73; Cass. 2 mars 1892, D. 93, 1, 169, S. 92, 1, 497; Cass. 2, 1, 1894, D. 94, 1, 81, S. 94, 1, 129). Ainsi que le relève PLANIOL, « ce progrès est un des exemples les plus remarquables des évolutions qui se produisent sur certaines matières dans la jurisprudence, sous le simple effort du changement des idées et indépendamment de toute intervention législative ».

¹ Ce sont notamment les associations syndicales des propriétaires (art. 5 et 8 des lois du 21, 6, 1865, 22, 12, 1888 et 5, 8, 1911) les syndicats professionnels (lois des 21, 3, 1884 et 12, 3, 1920), les sociétés de secours mutuels (loi du 1, 4, 1898) et les sociétés ou caisses d'assurances mutuelles agricoles (loi du 4, 7, 1900). La capacité juridique de ces créations n'est pas complète; elle est restreinte en matière de sources d'enrichissement et de possessions immobilières. Toutefois, les pouvoirs de l'association peuvent être élargis par la reconnaissance d'utilité publique, qu'il est loisible au pouvoir exécutif de lui concéder. Quant aux associations non déclarées, elles ne jouissent d'aucune capacité juridique. Seules ne possèdent pas la personnalité juridique, les associations en participation qui ont un caractère occulte n'intéressant que les associés et dépourvues de toute existence à l'égard des tiers.

Quant aux fondations, le droit français ne leur reconnaît pas ipso jure la personnalité juridique. Il laisse au pouvoir exécutif le soin de juger de leur utilité et de leur concéder, le cas échéant, la reconnaissance d'utilité publique.

Les autres droits néo-latins renferment les mêmes principes, dans leurs grandes lignes (lois belges des 18 mai 1873, 26 décembre 1882, 22 mai 1886, 16 mai 1901, et 25 mai 1913, coordonnées par arrêté royal du 22 juillet 1913 et modifiées par la loi du 30 octobre 1919; Code italien, art. 35, 425-434, 831, 932, 1060, 2214; Code espagnol, art. 37, 38). Le code portugais ne reconnaît comme personnes morales que les associations fondées dans un but d'utilité publique ou, tout à la fois, d'utilité publique et d'intérêt privé et qui, dans leurs relations civiles, représentent une individualité juridique (art. 32)¹.

D'après le droit de la Russie soviétique, la société en nom collectif et la société en commandite ont la personnalité juridique (CC § 298, 313).

Le droit allemand et le droit suisse connaissent deux sortes de personnes morales, les corporations et les établissements (ou fondations)². Le critère des deux notions repose sur le fait que la corporation se dirige elle-même, tandis que l'établissement est régi par une volonté étrangère. En droit privé, seules les fondations rentrent dans les établissements. Appartiennent aux corporations les associations (BGB § 21 et ss.; CCS art. 60 et ss.), les sociétés par

¹ CC port., op. cit., p. 20.

² La terminologie est peu précise. Dans le CCS, le terme d'établissement (Anstalt) est employé en tant que notion générale embrassant toutes les fondations. Le Code allemand n'emploie plus le terme d'établissement, mais celui de fondation (CCS, 52, 59; BGB, § 80 et ss.); GIERKE, DPR, I, 635, 645; CROME, I, 233.

actions (HGB § 178 et ss, CO, art. 612 et ss), les sociétés en commandite par actions (HGB § 320 et ss, CO, art. 676 et ss); les sociétés coopératives (CO 678 et ss, lois allemandes sur les « Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften » du 1^{er} mai 1889 et du 12 août 1896). De plus, il faut ajouter à cette nomenclature de droit allemand les sociétés à responsabilité limitée (loi du 20 avril 1892). En outre, le troisième alinéa de l'art. 59 du CCS contient une réserve en faveur du droit cantonal, qui continue à régir les sociétés d'allmends et autres semblables, c'est-à-dire les sociétés d'endiguement et de dessèchement, les associations ayant pour but des travaux de drainage ou des réunions parcellaires, les sociétés ou corporations formées en vue de l'établissement de chemins d'exploitation rurale, les communautés d'usagers, les consortages valaisans d'alpages et de bisses¹. La loi d'introduction au BGB (art. 55) réserve aussi expressément le droit des Etats constitutifs du Reich. Cette réserve a trait pareillement à des sociétés d'endiguement, de reboisement, d'assèchement, etc.².

En droit allemand et en droit suisse, ni les sociétés de droit privé, ni les sociétés en nom collectif (offene Handelsgesellschaften) et en commandite du droit commercial ne possèdent la personnalité morale.

En droit anglo-américain, le domaine des personnes morales est encore plus limité. Le droit anglo-américain ne connaît, avant tout, que les corporations (corporation), c'est-à-dire les associations de personnes ayant la personnalité juridique, à l'exclusion des fondations et des établissements constitués par l'affectation d'un patrimoine à un but spécial³.

¹ ROSSEL et MENTHA, I, p. 118; FF 1908, IV, 647.

² STAUDINGER, I, 157.

³ SCHIRRMEISTER, I, 43.

Les associations corporatives (associations corporate) ne peuvent exister que sur la base d'une autorisation expresse de l'Etat ou une autorisation, pour ainsi dire tacite, résultant des circonstances. Ce droit ne permet pas à ces créations de se constituer librement. En opposition sur ce point avec la plupart des autres législations, en droit anglo-américain, la capacité juridique des corporations n'est acquise que par concession (par charte royale, par lettre patente ou par acte du Parlement)¹.

Les corporations laïques (lay corporations), opposées aux corporations ecclésiastiques, comprennent les corporations commerciales et non commerciales. Les corporations non commerciales de droit privé sont, en général, des organisations analogues à nos associations sans but économique². Se rattachent aux corporations commerciales de droit privé les sociétés par actions; toutes les autres sociétés commerciales, en particulier les « partnership », qui correspondent à peu près à nos sociétés en nom collectif, n'ont pas la personnalité morale.

2. Importance du siège de la personne morale.

Pendant longtemps, on s'est refusé à appliquer aux personnes juridiques la notion de domicile communément et intimement rattachée aux personnes physi-

¹ EDW. COKE's, Reports in thirteen parts, 26 et ss, Londres 1826; BRICE, The law of corporations, 3^e éd.; KYD, Law of corporations. En Allemagne aussi, la capacité juridique peut être octroyée par concession de l'Etat aux associations économiques (BGB, § 22). Pour les autres associations, par contre, la capacité juridique s'obtient par le moyen de l'inscription (System d. Normativbestimmungen).

² ERSKINE HOLLAND, Elements of Jurisprudence, 9^e éd., p. 323.

ques. Cette répugnance s'explique par la conception étroite qu'en avait des personnes juridiques envisagées comme des sujets de droit purement artificiels, fictifs et imaginaires auxquels une existence véritable faisait défaut ¹. Le premier projet du BGB (Motiv I, 77) partageait ce point de vue; dans la doctrine anglaise, le siège de la personne juridique est souvent appelé « artificial domicile » ².

En droit suisse, le siège des personnes juridiques est appelé usuellement domicile; en droit français aussi, cette expression a reçu droit de cité pour les personnes morales ³. Il est vrai que la terminologie des législations néo-latines connaît également l'appellation de siège social. La terminologie suisse offre le même manque d'uniformité. Ainsi le CC parle de « domicile » (art. 56) et le C.O. de « siège » (art. 616, 680); il en est de même de l'ordonnance sur le Registre du Commerce et la *Feuille Officielle du Commerce* du 6 mai 1890 (27 décembre 1910).

La conception qu'une personne juridique ne peut pas avoir de domicile proprement dit ne se légitimerait à la rigueur que si l'expression de domicile était synonyme de demeure, demeurer, ce qui n'est pas le cas, ainsi que nous l'avons relevé au chapitre premier. D'après sa nature, le domicile est indépendant de toute base locale; c'est une notion purement juridique et applicable au même degré à tout sujet de droit, physique ou non.

Le domicile revêt une importance encore plus grande pour les personnes juridiques que pour les personnes physiques, car il est souvent un élément constitutif

¹ Cfr. sur les différentes théories le résumé de WINDSCHEID, Pand., I, § 49; GIERKE, Priv. Recht, I, § 58, p. 463 et ss; ROGUIN, conflit des lois, 523.

² SCHIRMMEISTER, I, 62; DICEY, Conflict of Laws, 155.

³ COLIN et CAPITANT, I, 670.

de la personne morale. Ainsi, en droit anglais, Sir Edward Coke pose le principe, à propos du « leading case » relatif aux corporations (the case of Sutton's hospital) que le lieu, le siège, est un élément essentiel d'une corporation « for without a place no corporation can be made ¹ ».

En droit français, pour toute société commerciale, entre autres, le siège social est un élément nécessaire et essentiel de l'acte constitutif (loi du 24 juillet 1867, art. 57) ².

En droit allemand, la désignation du siège fait nécessairement partie du contenu des statuts pour toute personne juridique du droit privé, à l'exception de la fondation ³. En droit suisse, la désignation du siège dans l'acte constitutif n'est nécessaire que pour les sociétés par actions et les sociétés coopératives (CO 616, II, 680, II).

Si on attache une importance toute particulière au siège des personnes morales, c'est parce qu'il détermine leur statut personnel, dans la règle, au rebours de ce qui a lieu pour les personnes physiques, dont le statut est réglé — sauf en droit anglo-américain et suisse — d'après la nationalité ⁴. Nous n'aborderons pas ici la question fort controversée en doctrine de la nationalité des personnes juridiques. Elle dépasse le cadre forcément restreint de notre étude, qui ne s'occupe des personnes morales que relativement à leur domicile. Cependant, étant donné que la person-

¹ COKE, op. cit., p. 29 et ss.

² BOITEL, op. cit., p. 51.

³ KLEIN, Rechtshandlungen, 76; HOLENSTEIN, 129; § 57 BGB; § 182, 322 HGB; § 13 Genossensch. Gesell.; § 7 Gesetz betref. G. m. b. H.

⁴ MAMELOCK, Die jur. Person im int. Recht, Diss., Zurich 1900; ISAY, Die Staatsangehörigkeit juristischer Personen, Tübingen 1907.

nalité du groupement est une personnalité distincte des individus qui en font partie, que ceux-ci peuvent ne pas avoir, et n'ont pas, en effet, la plupart du temps la même nationalité et qu'enfin ce sont les relations de cette personnalité avec un certain pays qu'il importe d'établir, les personnes juridiques ne sauraient prendre, semble-t-il, d'autre nationalité que celle du pays où elles sont constituées, avec l'autorisation explicite ou implicite de la loi¹. Ce qui paraît ressortir sans conteste du débat, c'est que le droit positif de la plupart des Etats tend de plus en plus à établir entre la personne morale et l'Etat un rapport de droit public qui est, en quelque sorte, un parallèle de la nationalité des personnes physiques. Ce rapport de droit a pour effet de soumettre au droit de l'Etat intéressé la personne morale pour tout ce qui concerne son existence, soit sa constitution, sa capacité juridique, son organisation, etc.

3. Détermination du domicile des personnes morales.

Sous le rapport de la « détermination du domicile des personnes morales », on peut répartir les législations modernes en deux groupes ; les unes attachent de l'importance, avant tout, à certains rapports de lieu d'ordre objectif, les autres s'appuient davantage sur les éléments subjectifs susceptibles d'être librement choisis par le sujet de droit.

a. Système subjectif.

L'Allemagne et la Suisse se rangent au nombre des Etats qui accordent à la personne morale la liberté de fixer à son gré le domicile par le moyen d'une dis-

¹ BAUDRY-LACANTINERIE, I, p. 383 et ss.

position des statuts. Les autres législations confèrent toujours, en dernier lieu, un caractère prépondérant au siège social réel, effectif, pour la fixation du domicile.

En conformité de l'art. 56 du CCS, le domicile des personnes morales est, en première ligne, là où les statuts l'indiquent et, en deuxième ligne, c'est-à-dire à défaut de disposition contraire des statuts, au lieu où se trouve l'administration. Le droit allemand n'adopte pas de prescriptions d'ordre général pour fixer le domicile des personnes morales. Il assigne un domicile à chaque espèce de personne morale séparément, selon des principes analogues à ceux qui sont généralisés par le droit suisse. Ainsi, pour l'association (Verein), le Code allemand dispose ce qui suit à l'art. 24 du BGB: « Est réputé siège d'une association, s'il n'en a pas été disposé autrement, le lieu où en est exercée l'administration ». Le § 80 du BGB, relatif aux fondations, renferme une disposition mot pour mot semblable. En ce qui concerne les personnes morales du droit commercial, la détermination du siège par les statuts est même obligatoire (HGB 182, chiffre 2, 322, loi sur les coopératives, § 13, loi sur les sociétés à responsabilité limitée, § 7,) comme c'est aussi le cas en Suisse (CO 616, II, 680, II).

Tant en Allemagne qu'en Suisse, le domicile de toutes les personnes morales du droit commercial est déterminé par les statuts, et non d'après le siège effectif et durable. Par contre, quant aux personnes morales du droit civil, les règles sont autres en Allemagne qu'en Suisse. Le droit allemand exige de façon impérative, au § 57, I du BGB, de chaque association inscrite (ce sont les associations sans exploitation ou but économique) qu'outre le but et le nom, les statuts indiquent expressément le siège de l'association. La désignation du siège par les statuts est

ainsi un élément constitutif de l'association¹. En droit suisse, la désignation du domicile dans les statuts de l'association, de la fondation, est facultative. Mais, aux termes de l'art. 2, 3 de l'ordonnance sur le Registre du Commerce du 6 mai 1890, l'inscription de ces organismes dans ledit registre doit aussi contenir l'indication de leur siège. On peut inférer de cette disposition que seule la demande d'inscription doit désigner expressis verbis le siège, et non les statuts. Il en résulte, dans la pratique, qu'un changement du siège social n'entraîne pas une modification des statuts².

Ce n'est que lorsque le domicile ne doit pas résulter des statuts (c'est le cas, en Suisse, pour les associations et les fondations, en Allemagne pour les sociétés à but idéal et les fondations) que le siège de l'administration est réputé être, sauf disposition contraire des statuts, le domicile de la personne. La désignation du domicile par les statuts crée un rapport juridique abstrait qui n'a rien de commun avec les rapports réels de la personne morale avec un lieu. Cette émanation d'une volonté libre emportant, de but en blanc, constitution de domicile, n'a pas son pendant dans la réglementation du domicile des personnes naturelles. La personne physique ne jouit pas d'une autonomie aussi large. En revanche, le siège de l'administration de la personne morale, considéré comme domicile de cette dernière en l'absence de disposition statutaire, offre une certaine analogie avec l'établissement durable de la personne physique. Dans les deux cas, le siège effectif, réel, du sujet de droit est déterminant, soit un état de fait concret pour lequel il

¹ STAUDINGER, I, 267; WIEDEMANN, Beiträge z. Lehre v. d. idealen Vereinen, 1906, p. 380.

² HOLNSTEIN, p. 129; EGGER, art. 56 N. 2c.

n'est pas possible de tracer des caractères généraux, pas plus que pour l'établissement durable¹.

La détermination du siège réel des personnes morales ne rencontre pas les mêmes difficultés, il est vrai, que celle de l'établissement des personnes physiques. Néanmoins, elle se heurte aussi à certains obstacles, en raison de la diversité de la structure interne et des buts des personnes morales. Mais, comme en droit allemand et suisse, le domicile des personnes morales du droit commercial est établi, dans la règle, par les statuts et non par le siège réel, c'est uniquement la détermination du siège des associations (en Allemagne, des associations à but économique) et des fondations, dont les statuts ne renferment aucune disposition relativement à celui-ci, qui peut présenter des difficultés.

Les associations sans but économique (CCS 60) offrent une grande diversité d'activité, de sorte que pour déterminer le siège de leur administration, il convient d'apprécier librement les circonstances concrètes, avant tout. Un certain nombre d'associations se trouvent déjà localisées par le but qu'elles poursuivent, en raison du fait qu'elles rattachent d'avance leur mission à un lieu déterminé et que leurs membres doivent se recruter exclusivement dans ce lieu. D'autre part, il y a des associations dont l'activité, dépassant le cadre local, est interurbaine ou même internationale. Il est souvent difficile de déterminer où se trouve la direction proprement dite de l'association, c'est-à-dire où la direction et les assemblées tiennent leurs séances. C'est ainsi, par exemple, que l'Institut de Droit International, qui est une association sans but économique, a tour à tour ses assemblées générales

¹ ISAY, *op. cit.*, p. 110.

dans les diverses villes d'Europe ; aussi le siège de cette administration ambulante n'est-il pas aisément déterminable.

Dans des cas de ce genre, il est d'usage, en pratique allemande et suisse, d'examiner si l'association n'est pas rattachée d'une manière durable et régulière à un lieu déterminé par une ou plusieurs institutions stables. Il est d'importance de savoir où est le siège du secrétariat permanent ou un organe directeur s'occupant de l'administration financière et de la comptabilité de la personne morale¹. Il n'est pas exclu que le siège réel de l'association et, partant, son domicile, change périodiquement. C'est le cas, par exemple, pour les associations dont le siège directeur (Vorort) est transféré chaque année dans un autre centre, où se recrutent chaque fois les membres de la direction, domiciliés audit endroit. Ainsi le changement de lieu s'accompagne régulièrement d'un changement de direction².

En ce qui concerne les fondations, il arrive aussi qu'un siège central fasse défaut, par exemple pour les fondations de capitaux. Les difficultés sont surtout nombreuses lorsque les compétences administratives sont réparties entre plusieurs organes qui ne déploient pas leur activité au même endroit. Est déterminant, le siège de l'organe dont l'activité administrative semble rattacher le plus étroitement et d'une manière durable la fondation à un certain lieu. Dans le doute, c'est le lieu où se trouve l'administration financière qui fait règle³.

¹ MAMELOCK, op. cit., p. 26 ; ISAY, p. 113 ; WIEDEMANN, p. 385.

² HOLNSTEIN, p. 126.

³ HÖLDER, Komm. z. BGB, p. 189 ; HURLIMANN, Die Stiftungen, Diss., Leipzig 1907, p. 97 ; Arrêt TF, 11, p. 248 et ss.

La doctrine suisse est uniforme à reconnaître qu'une personne morale peut, par disposition des statuts, fixer son domicile à son entière convenance, tout à fait indépendamment du centre réel de l'administration¹. Par contre, la doctrine allemande est divisée sur ce point, bien que la législation prévoie, en principe, les mêmes dispositions que la loi suisse². Cette divergence d'opinion des auteurs allemands paraît résulter d'une conception erronée de la notion de domicile. Si l'on est d'accord sur la nature et la signification juridique de l'institution du domicile et si l'on distingue nettement le domicile de la demeure, de la résidence, il est hors de doute qu'en droit allemand, de même qu'en droit suisse, le domicile comme tel se trouve au lieu même qui est indiqué par les statuts. Par contre, en ce qui touche la question des conséquences juridiques du domicile, il y a lieu d'examiner si, d'après le droit positif, elles sont rattachées au domicile ou au siège réel, soit au domicile seulement et non aussi au siège réel.

En Allemagne et en Suisse, la doctrine, quoique divergente sur la question de la nature et de la portée juridique du domicile et du siège réel, est presque unanime à admettre que, si le domicile statutaire ne concorde pas avec le siège réel de la personne morale, c'est ce dernier qui sert de base pour déterminer la nationalité de la personne morale. On va même plus loin et l'on affirme que la fixation du domicile par les sta-

¹ ROSSEL et MENTHA, I, 107 et ss; HAFTER, CCS, 56, N. 2; CURTI, CCS, art. 56, N. 2; EGGER, CCS, 56, N. 2b; SCHNEIDER et FICK, CO, 616, N. 2a; HURLIMANN, op. cit. 97.

² Penchent pour la détermination absolument indépendante du siège: WIEDMANN, p. 383, et les auteurs cités; VON THUR, Allg. Theorie des BGB, p. 458; se prononcent contre: STAUDINGER, I, 187; OERTMANN, BGB, § 24, N. 26; BIERMANN, I, § 124.

tuts ne joue un rôle que relativement au droit interne, mais non en droit international ¹. Quoi qu'il en soit, dans l'application du droit international, la *lex domicilii* ne revêt qu'une importance pratique relative, attendu que pour la solution des conflits de lois concernant les personnes morales, la plupart des Etats accordent un caractère prépondérant à la *lex originis*, c'est-à-dire, dans le cas particulier, au droit du siège réel de la personne juridique. Quant à la nationalité, il s'agit d'un rapport de droit public pour lequel la notion de domicile de droit privé ne saurait être déterminante ². Les dispositions de droit privé des statuts, qui fixent d'ordinaire le siège de la personne morale, ne peuvent pas, de surcroît, constituer le fondement de relations de droit public. Cela n'altère d'ailleurs en rien la validité absolue du siège statutaire de droit privé. La question de la nationalité des sociétés est à l'ordre du jour, depuis la guerre. Ainsi, des lois ont été conçues et promulguées en Belgique, en Espagne, en Suisse, en Suède, et en Norvège dans un esprit à la fois nationaliste et protectionniste. La loi suisse de 1919, relative aux sociétés par actions, prescrit que la majorité des personnes constituant l'administration des sociétés anonymes, en commandite par actions et des sociétés coopératives doivent être de nationalité suisse. La loi espagnole du 2 mars 1917 exige, pour qu'une société puisse se déclarer espagnole, que

¹ MAMELOCK, *Staatsangehörigkeit*, p. 22, *Die jur. Person im int. Priv. Recht*, p. 224 et ss; ISAY, *op. cit.* 93, 209 et ss; WIEDEMANN, 510; HAFTER, *ZGB*, 56, N. 6; EGGER, *ZGB*, 56, N. 5.

² La circulaire française du Garde des Sceaux du 29 février 1916 est très explicite à cet égard. Elle écarte, comme tout à fait inopérants, au point de vue du droit public, les indices auxquels s'attache d'ordinaire le droit privé pour déterminer la nationalité des sociétés.

le Président du Conseil d'administration, les deux tiers de ses membres ainsi que les deux tiers des actionnaires soient effectivement de nationalité espagnole. Des dispositions de ce genre n'ont, à la vérité, aucun rapport avec la notion du domicile de droit privé. Aussi, ne nous y attarderons-nous pas plus longtemps.

b. Système objectif.

C'est le système le plus répandu dans les législations modernes, d'après lequel la volonté, soit la détermination du domicile par les statuts, ne suffit pas, à elle seule. Il faut, de plus, que les circonstances de fait concordent avec cet autre élément.

Ainsi, en France, le domicile des personnes juridiques se détermine de la même façon que pour les personnes physiques. Il est au lieu où elles ont leur principal établissement, c'est-à-dire au lieu où est centralisée leur administration ¹.

D'après les règles du droit civil, elles n'ont, en principe, qu'un domicile, qui est au lieu du principal établissement, à l'exemple des personnes physiques. Pour fléchir la rigueur de ce principe, dont ne sauraient s'accommoder, à la longue, les exigences de la pratique, en particulier les grandes sociétés de commerce et les compagnies d'assurances, la jurisprudence considère que les institutions de cette envergure sont censées avoir fait élection tacite de domicile dans les divers lieux où elles ont des succursales d'une certaine importance et des agents ayant qualité pour les représenter et qu'elles peuvent être actionnées devant les tribunaux du lieu où se trouvent ces succursales ou agences pour l'exécution des actes qu'elles

¹ COLIN et CAPITANT, I, 670; Nîmes, 24 juillet 1917; Gaz. des Trib., 25 avril 1918.

y ont passés et la répression du préjudice résultant des délits et quasi-délits dont elles sont civilement responsables. Quant aux compagnies de chemin de fer, elles sont valablement assignées partout où elles ont une gare principale, mais sous cette condition nécessaire qu'il ne s'agisse pas d'opérations auxquelles cette gare soit étrangère¹.

Pour l'Etat et les établissements publics, l'art. 69 du Code de procédure civile permet de les assigner dans les bureaux de leurs préposés sur les divers points du territoire.

Quant aux personnes juridiques du droit commercial, c'est leur siège social qui fait règle pour le domicile. On entend par siège social, un siège réel, effectif, caractérisé par la réunion du Conseil d'administration, des assemblées générales, ainsi que des services essentiels de la société (comptabilité, contentieux, etc)². Ce ne doit pas être un siège social fictif ou choisi à seule fin d'éluder la loi. Quelques auteurs proposent comme critère le centre d'exploitation³. Ce point de vue paraît d'une application malaisée lorsque la société opère dans plusieurs pays à la fois ou lorsque des établissements techniques ne donnent pas corps à l'exploitation de la société.

Le Code italien, de même que le Code français n'a pas consacré de dispositions expresses aux personnes morales. L'un et l'autre les reconnaissent implicitement. Les autres droits néo-latins n'ont que quelques articles sur les personnes morales (Codes portugais, art. 32-39, espagnol, 35-39, néerlandais, art. 1690-

¹ Civ. 3 févr. 1885, DP 86, 1, 304, S. 85, 1, 269; 30 juin 1891, DP 94, 1, 539, S. 91, 1, 479; 9 mars 1897, DP 97, 1, 415; Lyon 19 mai 1911, S. 1912, 2, 236.

² BOITEL, Droit Comm. 137; THALLER, Droit Comm. p. 420; sic Arrêts Trib. Lille 21, V, 1908, DP 1910, 2, 41.

³ LYON-CAEN et RENAULT, Droit Commercial, p. 323.

1702, mexicain, 38-42, chilien, 171-173)¹. Ces codes ne connaissent pas non plus de disposition spéciale sur le domicile des personnes juridiques, de sorte qu'il se détermine d'après les mêmes règles que celui des personnes physiques. Un domicile autre que celui indiqué dans les statuts n'est qu'un domicile d'élection, qui peut bien faire règle pour les associés, mais n'est pas opposable aux tiers². Ce n'est qu'à l'usage du droit international privé, en vue de déterminer la situation juridique des sociétés étrangères, que certains codes ont fixé des règles positives sur le domicile, pour autant que la nationalité dépend de ce dernier. Ainsi, par exemple, la République Argentine (Code commercial, 286) considère la situation du « centre d'exploitation » comme déterminante pour la nationalité, l'Italie (Code commercial 100) prévoit aussi un centre d'exploitation et un centre d'administration, ou, à tout le moins, un siège d'administration pour servir de fondement à la nationalité indigène. Toutefois, la jurisprudence, en particulier en Italie, incline à reconnaître une société comme indigène lorsqu'elle a son centre d'exploitation, tout au moins, dans le pays³.

Nous ne citons les dispositions qui précèdent qu'en raison de leur connexité plus ou moins étroite avec le domicile proprement dit. Mais en droit privé interne, auquel nous avons dû limiter nos investigations, les Etats ci-dessus mentionnés considèrent aussi comme domicile le siège social pris dans le sens de siège administratif. Envisagé comme facteur déterminant, le « centre d'administration » comporte un élément sub-

¹ R. DE LA GRASSERIE, Code civil chilien, traduit et annoté.

² Arrêt Trib. Charleroi, PB III, 254.

³ VIDARI, Corso di diritto commerciale, I, 571.

jectif que n'implique pas, en revanche, le « centre d'exploitation ». En effet, la volonté propre des fondateurs ou des associés n'exerce aucune influence, en principe, sur le centre d'exploitation, tandis que, au contraire, le centre d'administration peut faire et fait, la plupart du temps, l'objet de leur libre choix. Notre classification en système subjectif et objectif repose sur le principe que c'est ou bien la volonté seule qui emporte fixation du domicile, ou bien une volonté à laquelle des circonstances de fait extérieures ont donné corps.

Le droit anglo-américain a adopté le système objectif pour la détermination du domicile des personnes morales. Il distingue entre les « trading-corporations » et les « non-trading corporations ». Le siège de la « trading-corporation » est au lieu où s'exerce l'administration (the administrative business), c'est-à-dire au lieu où se trouve le centre effectif des affaires (the administrative centre), peu importe où sont situés les fabriques, les locaux de vente, etc.¹. Si une société établie conformément à la « Company Acts » de 1861, 1867, pour l'exploitation de manufactures aux Indes a la direction des affaires en Angleterre, le domicile de cette société est situé en Angleterre et non aux Indes. L'enregistrement de l'acte de société n'est pas décisif en lui-même. La question est toujours de savoir où se font réellement les affaires de la société².

Les « non-trading corporations », c'est-à-dire les corporations qui n'ont pas d'exploitation commerciale, ont leur siège au lieu où elles déploient l'activité qu'elles se sont assignée dans l'acte constitutif de la per-

¹ DICEY, I, 187, Case Taylor c. Crowland, Gas Co, 11 Ex. 1, 23, LF 254; SCHIRMEISTER, I, 83.

² Case Sesena Co c. Nicholson, 1, Ex. D. 428, 437, 450, 453.

sonne juridique. Ce principe est applicable aussi bien aux « corporations aggregate », c'est-à-dire aux personnes morales constituées par un groupement d'individus co-existant (group of co-existing individuals) qu'aux « corporations sole », c'est-à-dire aux corporations qui sont formées par un seul et même individu ou par une suite d'individus incorporés ou associés, se succédant les uns aux autres (an incorporated series of successive persons) ¹. Le domicile de ces corporations est donc fixé, en principe, par les rapports indiscutables qui existent entre ces corporations et un endroit déterminé.

Pour la corporation composée d'une seule personne, il peut y avoir une distinction à établir entre le domicile privé d'une personne, par exemple un évêque qui, suivant les circonstances, représente la corporation, et le domicile de cette personne au regard de la corporation. Si un évêque anglais acquiert, à titre de personne privée, un domicile à l'étranger, il sera néanmoins réputé, en tout état de cause, être domicilié dans son diocèse, en tant que représentant de la corporation ².

Dans la doctrine anglaise, de même qu'en France, de nombreuses controverses ont surgi sur la question de savoir si une corporation peut avoir plusieurs do-

¹ Les « corporations sole » ne se rencontrent que là où les titulaires de certaines charges laïques ou ecclésiastiques se succédant les uns aux autres, sont « incorporés » ou associés de telle façon qu'ils ne forment qu'une seule personne juridique, douée d'une existence durable. Les corporations de ce genre résultent soit de la « common law », soit d'une loi particulière (statute) d'après la « common law », appartiennent aux « aggregations sole », par exemple le roi, les évêques, les vicaires, etc. (Blackstone's Commentaries II, Fol. 431; HOLLAND, Elements of Jurisprudence, 9^e éd. p. 330).

² DICEY, I, 156.

miciles. Tandis que dans les deux pays, le principe de l'unité de domicile est rigoureusement appliqué aux personnes physiques, en France, la jurisprudence s'est efforcée, quant aux personnes morales, de concilier, comme nous venons de le relever, le principe de l'unité de domicile avec les exigences de la pratique, en matière de succursales et d'agences de grandes entreprises, et semble être fort heureusement arrivée à chef. Dans la jurisprudence anglaise, un arrêt important dispose qu'une corporation peut, en matière de poursuite judiciaire, être réputée avoir un domicile dans deux pays différents¹. Cet arrêt ne fait pourtant pas partout autorité, car la faculté de traduire un défendeur devant un tribunal déterminé ne dépend pas d'une question de domicile, pas plus pour la corporation que pour le simple particulier. L'une et l'autre peuvent être assignées devant les tribunaux anglais si les faits dont ils ont à répondre rentrent effectivement dans la compétence des dits tribunaux.

Au reste, même en droit allemand, où est adopté et pratiqué dans toute son intégralité au profit des personnes physiques, le principe de la pluralité de domicile, l'application extensive de celui-ci aux personnes juridiques est combattue. La majorité des auteurs penchent pour la négative, en arguant du fait que l'affirmative tend inéluctablement à permettre aux personnes morales d'avoir aussi plusieurs nationalités². En l'espèce se renouvelle l'erreur déjà signalée et consistant à appliquer, sans autre, les normes de droit privé réglementant le domicile à une relation qui, par sa nature et ses effets, relève du droit public.

¹ Carron c. M.C. Laren, 5. House of Lords Cases, 416, 450.

² PLANCK, BGB, § 24, N. 1; VON THUR, Allg. Teil, p. 484, N. 28; FISCHER, Die A.G. im Ehrenbergs Handbuch III/1, p. 87.

4. Critique des systèmes.

Le système subjectif pur, d'après lequel une simple déclaration de volonté, sous forme de disposition statutaire, suffit à créer le domicile dans un endroit quelconque, soulève des objections de principe et d'ordre pratique, tout ensemble.

On fait valoir, à l'encontre de ce système, quant au fond, qu'il s'en remet entièrement à la libre volonté des fondateurs et associés pour déterminer le siège de la personne morale. Or, la personne physique est loin de jouir d'une semblable autonomie. En effet, elle ne peut acquérir et fonder en un lieu quelconque un domicile par l'effet d'une simple déclaration de volonté. Les conditions, dont la concomitance constitue le domicile sont fixées, avant tout, par la loi, qui laisse à l'individu la seule faculté de décider où et non pas s'il entend satisfaire à celle-ci. Cette dérogation au droit commun en faveur des personnes morales ne se légitime par aucune considération de droit ou d'équité et tend à rien moins qu'à ouvrir toutes grandes les portes à l'arbitraire.

Ces critiques sont, à coup sûr, fondées. Elles n'attaquent pas, à vrai dire, le principe fondamental du libre choix par la personne juridique elle-même, de son siège, mais visent simplement le cas, que l'application de ce système favorise, où ledit siège sera fictif, c'est-à-dire où le siège indiqué par les statuts ne coïncidera pas effectivement avec le siège réel du sujet de droit. Le siège déterminant, comme on l'a vu, dans la règle, la nationalité des personnes morales, le système subjectif permet, en particulier, aux fondateurs de sociétés anonymes de choisir aussi à leur gré, par voie de conséquence, la nationalité de celles-ci, et ainsi d'éluder certaines garanties imposées par

la loi aux sociétés anonymes, dans l'intérêt des tiers de bonne foi.

Nous avons déjà relevé, en passant, que les dispositions de droit privé réglementant le domicile ne devraient pas être appliquées, sans autre, à des rapports de droit public, comme la nationalité, par exemple. Nonobstant, le fait est parfois possible, lorsqu'une réserve expresse de la loi se réfère aux règles du droit privé relatives au domicile, soit qu'il faille envisager ces dernières comme faisant partie intégrale de la dite loi, soit qu'il y ait lieu de considérer la réglementation du droit privé, en matière de domicile, comme étant toujours applicables¹. L'argument que l'arbitraire peut présider au choix de la nationalité est d'autant moins fondé que la presque unanimité des auteurs, même dans les pays où le système subjectif est en honneur, admettent qu'au cas où le siège statutaire et le siège réel ne concordent pas, ce dernier est déterminant pour la nationalité².

On ne peut parler de procédé frauduleux que dans le cas où le siège statutaire est fictif, c'est-à-dire lorsque la direction et l'administration ne se trouvent pas effectivement audit siège. Par contre, il n'y a pas lieu de considérer comme frauduleux le fait, pour des fondateurs de sociétés, de choisir et de fixer dans les statuts un lieu déterminé pour l'administration centrale de la société, dans le but de soustraire cette dernière à l'empire d'une autre loi. Les auteurs qui voient en cela un acte frauduleux s'exa-

¹ MÜNZNER, Verhältn. des RPR zum Landes PR (Holzen-dorffs Enzykl., p. 193; EGGER, z. sachl. Geltungsbereich vom ZGB. (Festgabe 7, f. d. Schweiz. Jur. Verein, Zürich, p. 161 et ss.)

² WIEDEMANN, op. cit., p. 510 et ss; EGGER, ZGB, 56, N. 5; HOLENSTEIN, 132.

gèrent la notion de l'«*in fraudem legis agere*»¹. L'usage de la faeulté accordée par la loi de créer librement le domicile des personnes morales ne peut pas être considéré comme un acte accompli en fraude de la loi, même lorsque l'intention prédominante tend à éluder des règles juridiques incommodes². C'est ainsi qu'en Suisse, par exemple, beaucoup de sociétés anonymes transfèrent leur siège statutaire dans le canton de Glaris, en raison du fait que le taux des impôts y est relativement peu élevé.

A teneur d'un jugement du 21 mai 1908 (DP 1910, 2, 41), le tribunal de Lille s'est aussi prononcé dans ce sens. D'après ce jugement, une société peut choisir sa nationalité en fixant son siège social dans n'importe quel pays, pourvu que le choix n'ait pas été fait en fraude de la loi française et ait été dicté par des raisons sérieuses et justifiées. Ainsi, on doit considérer comme société anglaise, soumise à la loi anglaise, encore qu'elle ait son siège administratif en France, que ses fondateurs, administrateurs et actionnaires soient français et qu'elle ait pour objet l'exploitation des mines d'or au Canada, une société par actions qui a fixé son siège social à Londres, y a été régulièrement enregistrée, y tient ses assemblées générales, y opère le transfert de ses titres, alors qu'elle a un intérêt évident et légitime à choisir, de préférence à toute autre, la nationalité anglaise.

Si la personne juridique doit être traitée sur un pied de complète égalité avec la personne physique, quant à la fixation du domicile — c'est là un postulat de la logique et de l'équité — il convient d'opter aussi pour le principe du libre choix, par la personne

¹ Cfr. PINEAU, Des sociétés commerciales en droit privé international, Bordeaux 1893, p. 144.

² VON BAHR, Theorie und Praxis d. intern. Privatrecht, p. 351.

morale de son domicile. La manifestation de sa volonté propre ressort, en première ligne, des statuts et le siège qu'ils désignent devrait être considéré comme le siège social proprement dit, jusqu'à preuve du contraire. Si le siège est librement déterminable, il ne faut pas le rendre dépendant d'éléments qui échappent à la volonté. Ne saurait correspondre de façon adéquate au siège librement choisi que le siège de l'administration centrale constituant un rapport local qui n'existe pas d'ores et déjà objectivement, comme le centre d'exploitation, mais susceptible d'être créé tout à fait librement, voire arbitrairement. Ce siège devrait faire règle, à défaut de disposition statutaire ou lorsqu'un siège est constitué en fraude de la loi.

Seul le lieu où se trouvent les organes de volonté de la société peut valoir comme siège de l'administration centrale, soit le lieu d'où partent et rayonnent les ordres, où l'on décide du sort de la société, de sa continuation, de son développement, de sa dissolution. Dans cet ordre d'idées, c'est à la fonction dispositive et non à la fonction exécutive que l'on devrait attacher le plus de poids, en cas de doute.

La réglementation allemande et suisse repose sur le libre choix ; mais elle semble aller trop loin, en ce sens qu'elle rend la volonté indépendante de toute base objective et ouvre ainsi toute grande la porte à l'arbitraire. Le cas suivant, tiré de la pratique suisse, fait ressortir les conséquences fâcheuses auxquelles peut aboutir ce système.

Les « Usines électriques de la Lonza, S.A. » avaient en plusieurs endroits, à l'intérieur du pays et à l'étranger, des établissements d'affaires. Elles avaient fixé dans un de ces lieux, à Gampel, dans le Valais, leur siège statutaire. La direction générale et l'administration principale de la société se trouvaient à

Genève. Les autorités genevoises ayant requis de la société l'inscription au registre du commerce comme succursale, cette société recourut contre cette décision au Conseil fédéral, en alléguant que le siège principal était à Gampel, que la direction principale se trouvait bien à Genève, mais non une succursale. Le Conseil fédéral admit le recours, en conformité de l'art. 621, I du CO et décida que la société n'était pas tenue de se faire inscrire à Genève. C'est ainsi que les dispositions de la loi suisse ont conduit à ce résultat à la fois illogique et inapplicable dans la pratique, qu'une société est toujours obligée de se faire inscrire au registre du commerce du lieu où elle a une succursale jointe à une certaine exploitation indépendante, mais que l'inscription n'est pas nécessaire au lieu même de la direction centrale. Cette manière de voir tend à favoriser la création de domiciles fictifs, de sièges qui, en réalité, sont de simples boîtes aux lettres.

En outre, il existe dans la législation suisse cette anomalie que les sociétés en nom collectif et en commandite, qui sont traitées, quant à leur siège, comme des personnes morales, ne peuvent faire l'objet d'une inscription qu'au lieu de leur siège réel, tandis qu'il est loisible aux personnes morales de faire abstraction complète de leur siège réel dans leurs statuts et de fixer librement leur siège statutaire au sommet de la Jungfrau.

Le système français et anglo-américain, qui traite le siège des personnes morales de la même façon que le domicile des personnes physiques et tient compte, au même degré, de l'élément intentionnel et de l'élément objectif, est le système qui soulève le moins d'objections et qui semble résoudre d'une manière satisfaisante le problème, au double point de vue théorique et pratique.
